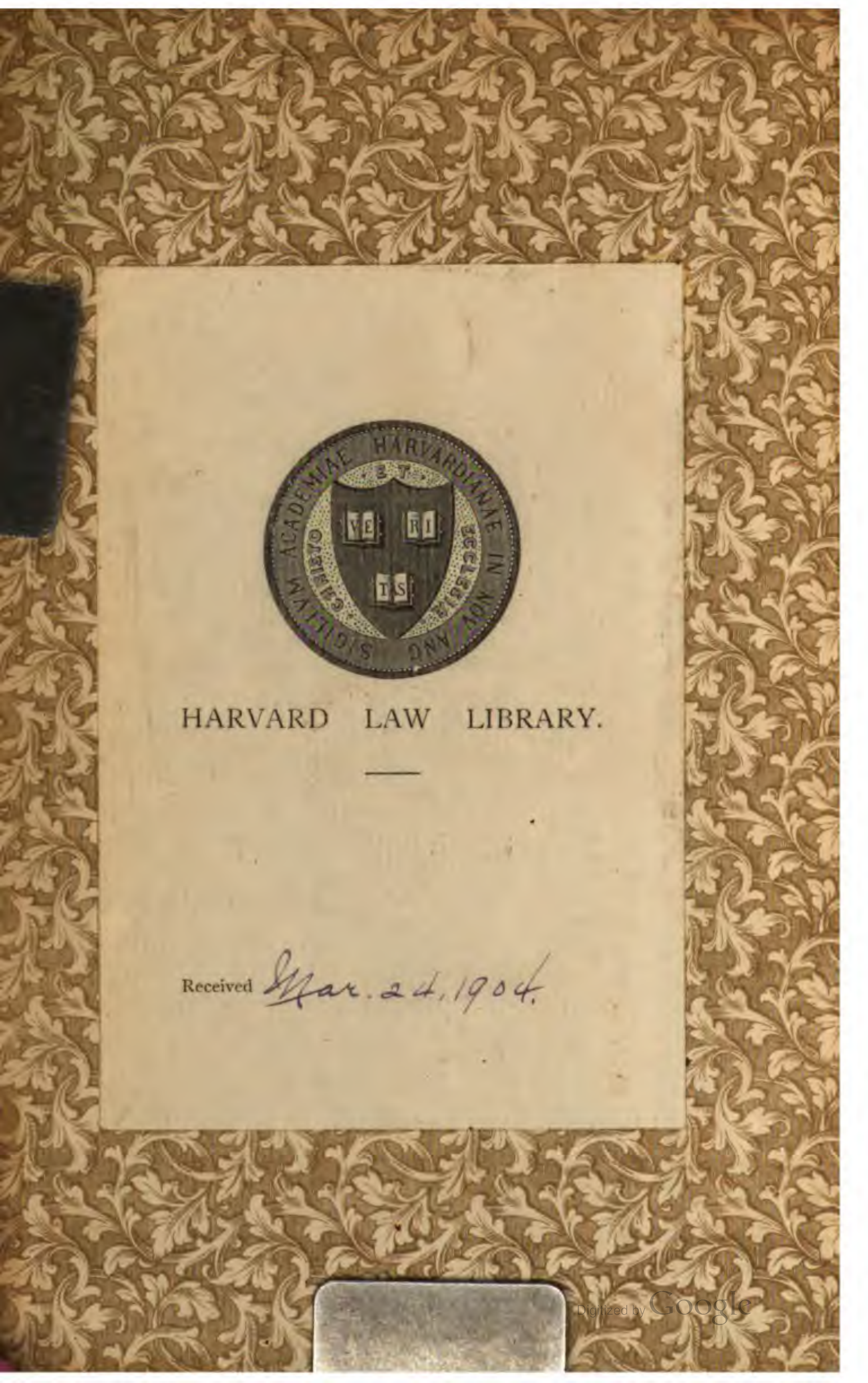
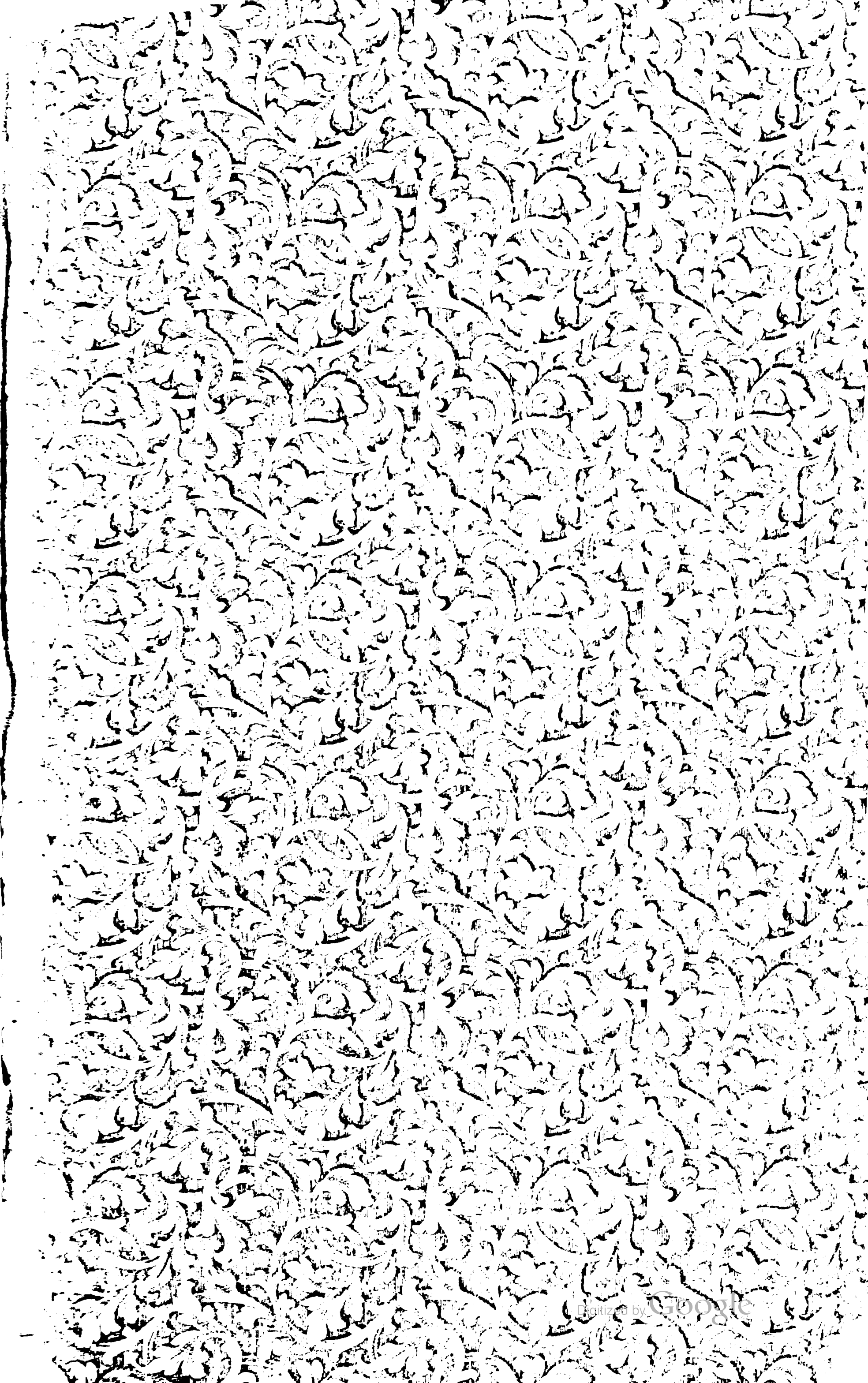




SIGILLUM ACADEMIAE HARVARDIANAE IN NOV ANG
VE RI TAS
HARVARD LAW LIBRARY.
Received Mar. 24, 1904.
Digitized by Google



DAS

CASTRENSE PECULIUM

IN SEINER

GESCHICHTLICHEN ENTWICKELUNG

UND

HEUTIGEN GEMEINRECHTLICHEN GELTUNG.

VON

DR. HERMANN FITTING,

ORDENTLICHEM PROFESSOR DER RECHTE IN HALLE.

HALLE,

VERLAG DER BUCHHANDLUNG DES WAISENHAUSES.

1871.

CARL GEORG VON WÄCHTER

ZUGEEIGNET.

Vorrede.

Seit meiner ersten, durch meine Schrift über den Begriff der Rückziehung veranlassten genauern Bekanntschaft mit dem castrense peculium hat mich dieses Institut stets mächtig angezogen, und immer unwiderstehlicher erwachte die Lust, es in eingehender Weise monographisch zu bearbeiten. So hatte ich bereits im Frühjahr 1860 vorliegendes Buch im ersten Entwurfe vollständig fertig. Ich hoffte damals, es in ziemlich naher Frist der Oeffentlichkeit übergeben zu können. Allein zum Glücke für das Werk beschloss ich, vorerst noch einige weitere Literaturstudien zu machen, und je weiter ich mich hier vertiefte, um desto mehr musste ich mich überzeugen, wie viel meiner Arbeit annoch zu einem befriedigenden Abschlusse fehlte. Einen neuen Aufschub bewirkte sodann der mit meiner Uebersiedelung von Basel nach Halle im Herbste 1862 verbundene Zuwachs an Amtsgeschäften. So ist es gekommen, dass zwischen der Vollendung des ersten Entwurfes und zwischen dem wirklichen Erscheinen des Buches ein Zeitraum von mehr als zehn Jahren in der Mitte liegt. Wie unbequem mir nicht selten diese nothgedrungene Befolgung des „nonum prematur in annum" war, so hat sie mich doch in die vortheilhafte Lage gebracht, in welcher sich sonst ein Schriftsteller gewöhnlich nur bei einer zweiten Auflage befindet, meiner Arbeit mit objectivem Blicke gegenüberzustehen und alles, was ich inzwischen an Kenntnissen und Reife gewonnen, für sie nutzbar machen zu können.

Aber, möchte man vielleicht von mancher Seite fragen, war denn der Gegenstand eines solchen Aufwandes an Zeit und Mühe werth? Ist das castrense peculium nicht ein völlig abgestorbenes und so gut wie unpraktisches Institut? Ich habe die Antwort auf diese Frage in den letzten Paragraphen zu geben gesucht und hoffe, dass das dort beigebrachte mehr als ausreichend sein wird, die gänzliche Grundlosigkeit eines solchen Einwandes zu beweisen. Allein gesetzt sogar, er wäre gegründet, so müsste ich ihn trotzdem für durchaus unberechtigt halten. Denn wer dürfte der Wissenschaft ihre Ziele jemals bloss nach Rücksichten der unmittelbaren praktischen Nützlichkeit vorschreiben! Lässt man aber nur wissenschaftliche Gesichtspunkte entscheiden, so glaube ich behaupten zu dürfen, dass dieses Institut die Beachtung vor vielen andern verdient. Und zwar aus mehr als Einem Grunde; zu allermeist aber, wie mir dünkt, wegen der eigenthümlich anomalen Bildung, die es erst im allerneuesten Justinianischen Rechte vollkommen abgestreift hat. Die Naturforscher sind längst darüber einig, dass die Beobachtung des regelwidrigen eines der vorzüglichsten Mittel ist, um zur richtigen Erkenntniss des regelmässigen zu gelangen. Diese Wahrheit trifft auch in der Rechtswissenschaft zu, und die Lehre von dem castrense peculium liefert vielfältige Beweise, dass die Art, wie sich die Wirkung eines Rechtssatzes bei einem anomal angelegten Institute äussert, auf diesen Satz selber oft ein ganz neues, ungeahntes Licht wirft.

Bei dem allem war zunächst nur von der dogmatischen Bedeutung des Gegenstandes die Rede. Aber auch aus dem geschichtlichen Standpunkte erscheint er als ein höchst dankbarer und jeden darauf gewandten Fleiss in reichem Maasse lohnender. Und ich hege die Hoffnung, dass man schon als einen blossen Beitrag zu der Geschichte der Ständeverhältnisse im spätern römischen Reiche und seit dem Mittelalter, oder zu der Geschichte der Reception und schriftstellerischen Behandlung des römischen Rechtes meine Arbeit nicht für eine völlig unnütze und fruchtlose achten werde.

Doch ich verzichte billig darauf, das Dasein meines Buches hier noch weiter zu entschuldigen. Es ist nun einmal da, und gelingt es ihm nicht selbst, die Berechtigung dieses Daseins zu erbringen, so wird auch alles, was ich zu dem Ende in der Vorrede schreiben könnte, vergeblich sein. Hingegen glaube ich, dem Leser zum voraus einige Erklärungen zu schulden über die Grundsätze, von denen ich mich in Ansehung der Art der Bearbeitung habe leiten lassen.

Da habe ich denn vor allen Dingen zu sagen, dass mein Streben überall und stets nur auf exacte Forschung, das heisst auf Ermittelung und Darstellung der objectiven Wahrheit gerichtet gewesen ist; und je nach dem Grade, in welchem andere urtheilen werden, dass dieses Streben gelungen oder nicht gelungen sei, werde ich zunächst den Werth meiner Arbeit abschätzen. Die unumgänglichste Bedingung seines Gelingens war natürlich eine möglichst vollständige und allseitige Benutzung des vorhandenen Quellenmaterials, eine Mühe, welche durch die gründliche Vorarbeit von Retes sehr wesentlich erleichtert wurde, die ich aber bis dahin ausdehnte, für eine jede einzelne Frage jenes gesammte Material von neuem in seinem ganzen Umfange durchzugehen. Demnach halte ich mich für berechtigt zu der Hoffnung, hierin nichts erhebliches übersehen zu haben.

Zu einer weitern Erklärung fühle ich mich veranlasst in Beziehung auf die Art der Benutzung der Literatur, zumal da ich nicht frei bin von der Besorgniss, dass man finden könnte, es sei in diesem Stücke des guten zu viel geschehen. Allein der Zweck, den ich verfolgte, stand durch eine minder umfassende Heranziehung der Literatur nicht zu erreichen. Ich wollte nämlich eine so vollständige Uebersicht aller bisherigen Leistungen auf dem von mir bearbeiteten Gebiete geben, dass für die Zukunft jedes Zurückgehen auf ältere Schriften entbehrlich wäre. In dieser Richtung ist es nach meinem Bedünken sehr wohl möglich, eine Lehre zu ihrem Abschlusse zu bringen, und ich erblicke darin sogar eine der wichtigsten Aufgaben wissenschaftlicher Monographieen. Auch wird wohl niemand den grossen Vortheil

eines solchen Abschlusses in Abrede stellen. Wir lösen uns erst dadurch wahrhaft von den Fesseln der Vergangenheit und gewinnen mit der freien Hand durch die Kenntniss der verschiedenartigen Meinungen, wie sie im Laufe der Zeiten aufgetreten, zugleich die Freiheit und Unbefangenheit des Blickes, welche zum richtigen Urtheil und für die gedeihliche Fortbildung des Rechtes unentbehrlich ist. Aber freilich lassen sich diese Vortheile nur erkaufen um den Preis, dass der Leser an etwas reichlichen Literaturangaben keinen Anstoss nimmt. Uebrigens sollte ich nicht denken, dass meine Literaturnotizen ungewöhnlich störend sein könnten. Ich habe sie überall so anzubringen gesucht, dass sie leicht zu überblicken und eben so leicht zu überschlagen sind. Ohnedem pflegt man von einer Monographie, mindestens von einer solchen, welche ein lange vernachlässigtes Feld zum ersten Male wieder beackert, nicht allzu dürftige Literaturnachweise zu fordern. Werden aber einmal Schriften genannt, so kann doch sicherlich eine etwas grössere oder geringere Zahl für die Bequemlichkeit des Lesers keinen sonderlichen Unterschied machen.

Noch eine ganz andere Seite hat die Sache für denjenigen, welcher mit mir die Ueberzeugung theilt, dass ein Satz, welcher, gleichviel aus welchem Grunde immer, seit Jahrhunderten fortwährend als Rechtssatz betrachtet und angewendet worden ist, ohne Rücksicht auf seine Herkunft als geltender Rechtssatz anerkannt werden müsse; und namentlich für die Anhänger der historischen Schule erscheint mir diese Ansicht als eine gar nicht abzuweisende Consequenz. Wer so denkt, für den ist die Literatur nicht bloss ein Denkmal des Ganges der wissenschaftlichen Entwickelung, sondern sie hat für ihn geradezu die Bedeutung einer Rechtserkenntnissquelle. Er wird also genaue und vollständige Literaturangaben aus den verschiedenen Zeiten fordern, um den gegenwärtigen Stand des geltenden Rechtes mit Sicherheit beurtheilen zu können. Vollends dann aber ist eine sorgfältige Verfolgung der Literatur völlig unentbehrlich, wenn es sich, wie hier, handelt um ein Institut, welches

seit dem Mittelalter seine Gestaltung und weitere Fortbildung in der Hauptsache unabhängig von den gesetzlichen Quellen auf gewohnheitsrechtlichem Wege erhalten hat. In solchen Fällen ist, wie niemand leugnen wird, die Dogmengeschichte unbedingt zugleich wahre Rechtsgeschichte. Unter diesem Gesichtspunkte kam die Literatur vorzüglich, wenn auch keinesweges ausschliesslich, im vierten Buche in Betracht.

Die erforderlichen literarischen Hülfsmittel hat mir neben der hiesigen Universitätsbibliothek hauptsächlich die an mittelalterlicher Literatur ausserordentlich reiche Universitätsbibliothek zu Basel geliefert, deren freieste Benutzung mir mit der grössten und dankenswerthesten Liberalität verstattet war. Auch meinem Collegen, Herrn Geheimem Justizrathe Witte, bin ich für vielfache aus seiner reichhaltigen Sammlung geleistete Unterstützung zu hohem Danke verpflichtet.

Noch in sehr vielen andern Stücken war ich mit einem Gegenstande, der mich so häufig über die Grenzen meines eigentlichen Faches hinausführte, auf fremde Hülfe angewiesen, und ich kann es nicht dankbar genug anerkennen, mit wie freundlicher Bereitwilligkeit sie mir von allen Seiten her zu Theil geworden ist. In der That, wollte ich alle diejenigen verehrten und gelehrten Männer aufzählen, die mir bei meiner Arbeit fördernd und belehrend zur Seite gestanden, so wüsste ich nicht, wo anfangen und wo aufhören. Ich will mich daher statt jeder Nennung von Namen mit der allgemeinen Bemerkung begnügen, dass es mir noch niemals so klar zu Bewusstsein gekommen ist, als bei dieser Gelegenheit, welche Fülle des Wissens die deutschen Hochschulen umschliessen, und wie gering im Vergleiche zu derselben alles bleibt, was der einzelne selbst im besten und günstigsten Falle zu leisten vermag.

Der Druck des Werkes hat bereits am Anfange dieses Jahres begonnen. Daraus erklärt sich z. B., dass in der Anmerkung 5 zu §. 6 (S. 51) bloss von dem Kriege des Jahres 1866 die Rede ist, während doch der gegenwärtige

deutsch-französische sehr viel zahlreichere und näher liegende Beispiele dargeboten hätte.

Noch sei zur Aufklärung einer anscheinenden Inconsequenz bemerkt, dass ich nur die unmittelbar auf die Lehre von dem castrense peculium bezüglichen Citate von Schriften durch gesperrte Schrift habe auszeichnen lassen. Indessen übernehme ich keine Gewähr, dass hier niemals eine Abweichung vorgekommen sei.

Endlich bitte ich, einige glücklicher Weise sämmtlich nicht sehr bedeutende Druckfehler entschuldigen zu wollen, welche ungeachtet aller Sorgfalt doch noch untergelaufen sind. Das erheblichste ist S. 250 die unrichtige Bezeichnung der dort abgedruckten dritten Stelle als L. 14 pr. D. eod. statt: L. 14 pr. D. h. t. 49, 17 und S. 520 Anm. 2 Z. 4 u. 5 das durch Herausfallen einer Letter entstandene falsche Citat: Pauli Sent. II, 4 sent. 3 statt: Pauli Sent. III, 4 sent. 3.

Halle im November 1870.

Inhaltsübersicht.

§. 15. Ursprüngliche Gestaltung des Institutes: Der Sohn hat als Folge seiner Testierbefugniss zugleich die selbständige, von dem Gewalthaber unabhängige Verwaltungsbefugniss; letzterer gilt zwar als der Eigenthümer des C. P., kann es aber zum Nachtheil des Sohnes in keiner Weise schmälern, steht ihm vielmehr vergleichbar einem interdicierten Verschwender gegenüber. L. 18 §. 1 D. h. t. 49, 17. S. 98—103.

§. 16. Weitere Ausführung. S. 103—116. Erklärung der L. 18 pr. D. h. t. 49, 17: S. 109—115.

§. 17. Die Testierbefugniss des Haussohnes über sein C.P. S. 116—118. Letztwillige Verfügungen, die ihm ursprünglich nicht möglich waren (Vormundsernennung, Pupillarsubstitution, directe Freilassung, Vindicationslegat). S. 117—118. Der von dem Haussohn testamentarisch eingesetzte wurde von jeher als ein wirklicher heres betrachtet und behandelt. S. 118—119.

§. 18. Bei dem Tode des Sohnes ohne gültiges Testament bleibt das C. P. als Peculium bei seinem Gewalthaber. L. 10 pr. D. ad SC. Tertull. 38, 17. S. 120—121. Auch bei schimpflicher Ausstossung des Sohnes aus dem Soldatenstande wird es zu einem gewöhnlichen Peculium. S. 121—122.

Dagegen wird es zu vollem freiem Vermögen des Sohnes, wenn dieser während seiner privilegierten Stellung durch den Tod seines Vaters oder durch Emancipation aus der väterlichen Gewalt heraustritt. S. 122—123. Ob der Haussohn seinen Geschwistern das C. P. wenigstens conferieren musste? S. 123—124.

§. 19. Veränderungen in diesem Rechtszustande seit Hadrian. Den Anstoss gaben folgende drei Verordnungen dieses Kaisers: 1) dass der Haussohn über sein C. P. auch noch als veteranus testieren dürfe. S. 124—125. 2) dass er castrensische Sklaven nach eigenem Belieben freilassen könne. S. 125. Julian's Ansicht von dem Patronatrecht über solche Freigelassene: L. 22 D. de bon. lib. 38, 2. S. 126—128. 3) dass dieses Patronatrecht dem Haussohn selbst zustehen solle. S. 128—129.

§. 20. Zwiefaches Verhalten der römischen Juristen zu diesen Verordnungen. Eine conservativere Partei betrachtet das C. P. fortwährend juristisch als Peculium und behandelt Hadrian's Neuerungen als blosse Singularitäten. S. 129—131. Eine andere, mehr und mehr zur Herrschaft gelangende Partei dagegen folgert aus ihnen, dass das C. P. nunmehr als ein eigenes Vermögen des Sohnes angesehen werden müsse. S. 131—133. Doch lässt sie zu Gunsten des Gewalthabers, falls ihm der Sohn das C. P. nicht entzogen hatte, das frühere Recht fortgelten. S. 133—136. Consequenzen: der Anfall an den Gewalthaber nach Peculienrechte bei testamentlosem Tode des Sohnes, und die

ernennung und Pupillarsubstitution. S. 202—203. Als wirklicher Soldat kann der Haussohn ohne jede Form, als veteranus nur noch in der gewöhnlichen Form des gemeinen Rechtes testieren. S. 204. Ob letztern Falls der Gewalthaber als Testamentszeuge zugezogen werden könne? Gai. II, 106; L. 20 §. 2 D. qui test. fac. 28, 1; §. 9 I. de test. ord. 2, 10. S. 205—208. Das von dem Haussohn während seines Soldatenstandes errichtete Testament steht auch seinem Inhalte nach unter dem besondern militärischen Rechte, während das von ihm erst nach der Verabschiedung errichtete dem gemeinen Rechte unterliegt. L. 41 §. 4 D. de test. mil. 29, 1, L. 28 D. eod. — L. 11 §. 2 — L. 13 §. 1 D. eod., L. 19 §. 2 D. h. t. 49, 17. — L. 40 pr. D. ad L. Falc. 35, 2. S. 208—213.

§. 30. Ob sich der Grundsatz auch bei dem Notherben- und Pflichttheilsrechte bewähre? Unrichtigkeit der gewöhnlichen Ansicht, dass Soldatentestamente an gar kein Notherben- und Pflichttheilsrecht gebunden seien. Richtig ist nur, dass die querela inofficiosi gegen solche Testamente nicht stattfindet, dass das gewöhnliche Pflichttheilsrecht des parens manumissor und des patronus in Ansehung der bona castrensia des Emancipierten oder Freigelassenen wegfällt (L. 29 §. 3, L. 30 D. de test. mil. 29, 1, L. 3 §. 6 D. de bon. lib. 38, 2, L. 42 §. 1 D. eod.), und dass endlich die Einsetzung oder Exheredation von sui ohne irgend eine bestimmte Form geschehen kann (L. 12 pr. D. de bon. lib. 38, 2, L. 9 C. de test. mil. 6, 21, §. 6. I. de exhered. lib. 2, 13, L. 7—9 pr. D. de test. mil. 29, 1). S. 213—219.

§. 31. Der über sein C. P. testierende Haussohn muss auf mögliche postumi sui die gehörige Rücksicht nehmen. Erklärung der einschlagenden Stellen: L. 28 §. 1 D. de lib. et post. 28, 2, L. 39 D. de test. mil. 29, 1, L. 33 §. 1, 3 D. eod., L. 33 pr., §. 2 D. eod. S. 220—226.

§. 32. Der Haussohn muss auch das Pflichttheilsrecht, wie unter sonst gleichen Umständen ein paterfamilias, beachten. Doch giebt es hier kein dem Pflichttheilsrechte des parens manumissor entsprechendes Pflichttheilsrecht. L. 10 D. h. t. 49, 17. S. 226—229.

§. 33. Verhältniss zu der querela inofficiosi. L. 18 D. ad L. Falc. 35, 2, L. 1 §. 6 D. si a parente quis 37, 12, L. 24 C. de inoff. test. 3, 28, L. 8 §. 3 D. eod. 5, 2. S. 229—238. Erklärung der L. 37 C. de inoff. test. 3, 28. S. 238—243.

§. 34. Das Testament des Haussohnes hat nach seinem Tode auch ganz die gleiche Wirkung, wie dasjenige eines paterfamilias. Insbesondere geht auf die darin eingesetzten Erben, falls sie antreten, das C. P. als wahre hereditas über. S. 243—246. L. 90 §. 1 D. de acq. her. 29, 2: S. 246—247. Auch dann ist dieses der Fall, wenn der Gewalthaber selbst der eingesetzte Erbe ist. S. 247—249.



IV. Nach dem Tode des Sohnes in der Gewalt ohne ein gültiges Testament.

§. 35. Ist der Haussohn intestatus gestorben, so findet keine Intestaterbfolge statt, sondern das C. P. kommt in Gemässheit des frühern Rechtes nach Peculienrecht an den Gewalthaber. S. 249—251. Verschiedenheiten dieses Verhältnisses von der Intestaterbfolge: 1) Es bedarf keiner besondern Annahmserklärung von Seite des Gewalthabers. Ob dieser aber das anfallende Peculium nicht wenigstens zurückweisen könne? S. 251—252. 2) L. 9 D. h. t. 49, 17. S. 252—253. 3) Wegen der Schulden des Haussohnes haftet der Gewalthaber bloss bis auf Höhe des C. P. und während eines annus utilis. S. 253. Praktisch erscheint indessen dieser Anfall nach Peculienrechte nur als eine singuläre Form der Intestatbeerbung. S. 253—254. Consequenzen: 1) Der Sohn kann dem Vater in Intestatcodicillen Fideicommisse auflegen. L. 18 D. ad L. Falc. 35, 2, L. 1 §. 6 D. ad SC. Treb. 36, 1; L. 40 pr. D. ad L. Falc. 35, 2. S. 254—256. 2) Unterlässt der vom Sohn testamentarisch eingesetzte Vater den Erwerb aus dem Testamente, so findet auf ihn das edictum Si quis omissa causa testamenti Anwendung. L. 17 §. 1 D. h. t. 49, 17. S. 256—260.

§. 36. Das C. P. nimmt auch dann die juristische Natur eines gewöhnlichen Peculiums an, wenn der Haussohn durch schlechtes Betragen seine begünstigte Stellung verwirkt. L. 26 D. de test. mil. 29, 1, L. 3 C. de bon prosc. 9, 49. S. 261—264.

§. 37. Wenn wegen testamentlosen Todes des Haussohns das C. P. dem Gewalthaber nach Peculienrecht anheimfällt, so gelangen auch alle diejenigen von Seite des letztern bereits bei Lebzeiten des Sohnes über castrensische Sachen getroffenen Verfügungen zur Wirksamkeit, welche in dem gleichen Fall schon nach dem frühern Rechte zur Wirksamkeit gelangt wären, wie z. B. Vindicationslegate castrensischer Sachen, directe testamentarische Freilassungen castrensischer Sklaven u. dgl. S. 264—266. Theoretische Vermittelung dieser Erscheinung durch die Annahme eines Schwebeverhältnisses. S. 266—268. L. 19 §. 4 D. h. t. 49, 17: S. 268. L. 98 §. 3 D. de solut. 46, 3: S. 268—271.

§. 38. Das nämliche Schwebeverhältniss wird auch für den Fall angenommen, wenn der Vater das C. P. als eingesetzter Testamentserbe seines Haussohns erwirbt; auch dann gilt jener nach rückwärts als der Eigenthümer der castrensischen Sachen. L. 20 D. h. t. 49, 17, L. 1 §. 22 D. de collat. 37, 6 (Erklärung dieser Stelle S. 272—278), L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2, L. 44 pr. D. de legat. I (30). S. 271—279. Erklärung dieses Satzes aus der Heranziehung des frühern Rechtes. S. 279—283. Verhalten der Schriftsteller zu der Frage. S. 283—286.

Drittes Buch. Das quasi castrense peculium.

dieser Vergünstigung auf sämmtliche Advocaten durch Valentinian III. S. 436.

§. 62. Q. C. P. der Geistlichen. Verschiedene Aeusserungen des neuen Testamentes geben Veranlassung zu der Auffassung der christlichen Kirche und des römischen Kaiserreiches als zweier zwar analoger, aber gegen einander selbständiger Ordnungen und zu der Bezeichnung der Christen als milites Christi oder Dei. S. 437—438. Allmähliche Einschränkung dieses Begriffes auf die Geistlichen. S. 438—443. Die weltliche Gewalt erkennt zwar in ihrer Amtssprache die Eigenschaft der Geistlichen als milites nicht an, wohl aber die Verwandtschaft ihrer Stellung mit derjenigen der Staatsbeamten (milites saeculi) und gewährt ihnen daher die Privilegien der letztern. S. 443—444. Leo und Anthemius geben den Geistlichen der höhern Weihen, den episcopi, presbyteri und diaconi, auch ein Q. C. P. S. 444. Justinian dehnt dieses auf die subdiaconi, lectores und cantores aus. S. 444.

§. 63. Endlich erklärt Justinian für Q. C. P. jedes Geschenk, welches ein Hauskind von dem Kaiser oder der Kaiserin erhält: L. 7 C. de bon. quae lib. 6, 61. S. 445—446.

Gesammtergebniss für das neueste Justinianische Recht. S. 446—447.

§. 64. Umfang des Q. C. P. Er bemisst sich bei den eigentlichen kaiserlichen und Staatsbeamten (den milites im weitern Sinne) ganz und gar nach der Analogie des C. P. S. 447—453. Nicht minder aber auch bei den Advocaten, Assessoren, magistri studiorum liberalium und archiatri. S. 453—454. Ausnahme lediglich bei den Advocaten an den Gerichten der praefecti praetorio und urbi. S. 454.

§. 65. Bei den Geistlichen ist eine volle Analogie des C. P. von vornherein nicht zu erwarten wegen des kirchlichen Grundsatzes, dass aller in Folge des Amtes gemachter Erwerb der Kirche gehöre. S. 455—457. Bestandtheil ihres Q. C. P. wird alles, was sie nach Maassgabe dieser kirchlichen Grundsätze für sich selbst erwerben können, mit Einschluss der von dem Gewalthaber selbst herkommenden Erwerbungen. Widerlegung der abweichenden Meinung Marezoll's. S. 458—462.

§. 66. Rechtliche Behandlung des Q. C. P. Sie kommt mit derjenigen des C. P. im neuesten Justinianischen Rechte völlig überein. S. 462—463.

§. 67. Erörterung der Frage, ob im Sinne Justinian's auch die sog. adventicia extraordinaria zu dem Q. C. P. zu rechnen seien. Das Uebergewicht der Gründe spricht für die Verneinung. Vereinigung der L. 8 §. 5 C. de bon. quae lib. 6, 61 mit der L. 11 C. qui test. fac. 6, 22. S. 464—466. Stellung der byzantinischen Juristen zu dieser Frage. S. 472—473. Standpunkt der abendländischen Schriftsteller. S. 473—475.

Viertes Buch. Geschichte des Institutes seit dem Mittelalter.

Geschichte des Institutes in Deutschland.

Quellen und Literatur.

Gewöhnlich pflegt man zwischen Quellen und Literatur zu unterscheiden, und eine solche Unterscheidung mag auch vielfach thunlich und richtig sein. In der Anwendung auf den Gegenstand dieses Werkes aber ist sie völlig unthunlich; denn das castrense und quasi castrense peculium hat sich seit dem Mittelalter, wenn auch mit Anlehnung an das Corpus iuris, doch im ganzen als ein gewohnheitsrechtliches Institut entwickelt, und für diese Entwickelung besteht die hauptsächlichste Erkenntnissquelle eben in der Literatur. Zwar gilt das nicht unbedingt von der gesammten Literatur des Institutes, da gerade die besten und gründlichsten Bearbeitungen, namentlich diejenige von Retes und von Anton Faber, sich nur die Darstellung des reinen römischen Rechtes zur Aufgabe gesetzt haben. Allein ein Versuch, nach Maassgabe dieser Rücksicht die Literatur selbst wieder in verschiedene Gruppen zu theilen, müsste alle Uebersichtlichkeit zerstören. Ich ziehe es daher vor, Quellen und Literatur ungesondert zusammenzustellen. Nur will ich eine Trennung vornehmen zwischen den Erkenntnissquellen des reinen römischen Rechtes und denjenigen der spätern Entwickelung des Institutes.

I. Erkenntnissquellen des reinen römischen Rechtes.

Den Ueberschriften zufolge beschäftigen sich mit dem castrense peculium (in dem weitern, das quasi castrense peculium mit umfassenden Sinne des Ausdruckes) zunächst die folgenden Titel des Corpus iuris:

Dig. XLIX, 17 de castrensi peculio.

Cod. I, 3 de episcopis et clericis — —, et privilegiis eorum et castrensi peculio rel.

XII, 31 (30) de castrensi omnium palatinorum peculio.

XII, 37 (36) de castrensi peculio militum et praefectianorum.

Diese Titel enthalten aber in der That nur einen kleinen Theil des Quellenmaterials, wie die nachstehende, nach der Zeitfolge geordnete Uebersicht am besten ergeben wird. Bei den Citaten aus dem Corpus iuris lege ich dabei überall die sog. Kriegel'sche Ausgabe zu Grunde.[1]

1) **D. Iunii Iuvenalis** Sat. XVI. v. 51 sqq.

Die Echtheit dieser Satire wurde zwar schon im Alterthum angezweifelt und wird noch jetzt von vielen bezweifelt; jedenfalls ist sie aber zur Zeit Juvenal's und spätestens unter Hadrian geschrieben. Vgl. §. 2 Anm. 13 (S. 21).

2) **Salvii Iuliani** Digestorum

lib. XXVII.: L. 15 D. de mort. causa don. 39, 6. Die Stelle hat zwar diese Inscription, enthält aber nur Noten von Marcellus und Paulus zu der in Justinian's Digesten gestrichenen Stelle Julian's.

L. 22 D. de bon. lib. 38, 2. Hier wird von Marcian eine Stelle aus dem angegebenen Buche der Julianischen Digesten citiert.

Dieses 27. Buch ist, wie aus der L. 22 D. cit. zweifellos hervorgeht, jedenfalls noch unter Hadrian geschrieben.[2]

3) **Sexti Pomponii**

a) lib. sing. Regularum.

L. 10 D. de cast. pec. 49, 17 trägt zwar diese Inscription, enthält aber bloss eine Note des Marcellus zu der in Justinian's Digesten weggefallenen Stelle des Pomponius.

b) Senatusconsultorum

lib. II.: L. 10 pr. D. ad SC. Tertull. 38, 17.

---

1) Und zwar den vierten Abdruck: Lips. 1848, worin die Institutionen und der Codex von Emil Herrmann, die Digesten von den Gebrüdern Kriegel und die Novellen von Osenbrüggen bearbeitet sind.

2) Wegen des Alters der Julianischen Digesten überhaupt verweise ich auf mein Programm über das Alter der Schriften römischer Juristen von Hadrian bis Alexander (Basel 1860) S. 4 ff. und auf Th. Mommsen in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte IX. S. 88 fg.



Die Stelle ist ohne Zweifel noch unter Hadrian und vor dem Rescripte geschrieben, welches die Testierbefugniss über das castrense peculium auf die veterani erweiterte.[3]

4) **L. Volusii Maeciani** Fideicommissorum

lib. I.: L. 18 D. de cast. pec. 49, 17.

Das Werk ist unter Antoninus Pius, und wahrscheinlich in der ersten Regierungszeit dieses Kaisers verfasst.[4]

5) **Gaii**

a) Institutionum

comm. II. §. 106.

b) Ad Edictum provinciale

lib. I.: L. 4 D. de iudic. 5, 1.

\- XV.: L. 17 §. 3 D. de test. mil. 29, 1.

Ich kann den Streit über das Alter dieser Stellen hier auf sich beruhen lassen. Bei ihrer verhältnissmässig geringen Bedeutung genügt es vollkommen, dass sie um die Mitte des 2. Jahrhunderts geschrieben sind.

6) **L. Ulpii Marcelli**

a) Digestorum

lib. X.: L. 29 §. 3 D. de test. mil. 29, 1.

---

3) Darauf deuten mit Bestimmtheit die Worte: „magis enim iudicio militum hoc beneficium concessum est". Vgl. S. 121 und S. 21 fg. Aus der Berücksichtigung des SC. Tertullianum darf man keinen Gegenbeweis hernehmen wollen, da dieser Senatsschluss sicher schon unter Hadrian erlassen worden ist. Ich beziehe mich desfalls auf mein angeführtes Programm S. 12 und füge den dort angegebenen Belegstellen noch bei die L. 9 §. 1 D. de reb. dub. 34, 5, wonach bereits Hadrian einen durch diesen Senatsschluss hervorgerufenen Streitfall entschied, und die L. 3 §. 7 D. de Carbon. ed. 37, 10. Die in dieser Stelle erörterte, schon von Julian behandelte Frage steht zweifellos mit dem SC. Tertullianum in Zusammenhang, von Julian aber ist das 24. Buch der Digesten gemeint, denn vgl. L. 3 §. 13, L. 4, L. 5 §. 1 D. eod.

4) Denn das 4. Buch scheint vor der Verordnung von Pius geschrieben, welche die von einem Pupillen ohne tutoris auctoritas eingegangenen Verbindlichkeiten im Fall der Bereicherung für klagbar erklärte: L. 64 pr. D. ad SC. Treb. 36, 1. Und auf eine frühe Entstehungszeit mindestens der ersten Bücher weist auch der Inhalt der L. 18 D. cit. hin. Dagegen wissen wir mit Sicherheit, dass das 7. Buch unter Pius verfasst ist: L. 42 pr. D. de fid. lib. 40, 5. Obwohl hierin nicht unbedingt ein Hinderniss läge, das erste Buch etwa noch in die Regierungszeit Hadrian's zu setzen, so besteht doch für eine solche Annahme auch wieder kein zwingender Grund. Vgl. S. 130 und mein Programm S. 15 fg.

L. 13 §. 1 D. eod.
L. 20 §. 2 D. qui test. fac. 28, 1.

Die beiden letzten Stellen enthalten blosse Citate des 10. Buches.[5]

lib. XX. wird citiert von Ulpian in der L. 33 pr. D. de A. R. D. 41, 1, und ohne Zweifel ist das nämliche Buch, wahrscheinlich sogar die nämliche Stelle, gemeint in der L. 9 D. de cast. pec. 49, 17.

b) Nota ad Iuliani Dig. lib. XXVII.:
L. 15 D. de mort. causa don. 39, 6.

c) Nota ad Pomponii lib. sing. Regularum:
L. 10 D. de cast. pec. 49, 17.

Die Digesta fallen in die Regierungszeit der Divi Fratres, und zwar zwischen 161—167.[6] Die Note zu Julian ist ohne Zweifel älter (vgl. S. 96, 130), und auch die Note zu Pomponius scheint noch der Zeit des Pius anzugehören.[7]

7) **Qu. Cervidius Scaevola** wird, ohne nähere Angaben, zweimal citiert von Tryphonin in der L. 19 pr. D. de cast. pec. 49, 17 und von Ulpian in der L. 33 pr. D. de A. R. D. 41, 1.

8) **Aemilii Papiniani**

a) Quaestionum
lib. XI.: L. 50 D. ad SC. Treb. 36, 1.
- XIV.: L. 12 D. de cast. pec. 49, 17.
- XVI.: L. 13 D. eod.
- XIX.: L. 54 D. ad SC. Treb. 36, 1.
- XXVII.: L. 14 D. de cast. pec. 49, 17.
L. 18 pr. D. de stip. serv. 45, 3.
- XXVIII.: L. 95 §. 5 D. de solut. 46, 3.
- XXXV.: L. 15 D. de cast. pec. 49, 17.

b) Responsorum
lib. I.: L. 17 §. 2 D. ad municip. 50, 1.
- II. wird citiert von Ulpian in der L. 8 §. 3 D. de inoff. test. 5, 2.

---

5) In der L. 13 §. 1 D. cit. ist zwar von alter Hand „decimo" in „undecimo" verändert; aber gewiss ist das erste richtiger, und mit Recht hat es daher Th. Mommsen in seiner Pandektenausgabe in den Text aufgenommen.

6) Mein Programm S. 23 fg.

7) Denn bei einer Vergleichung der L. 63 D. de acq. her. 29, 2 mit der L. 52 pr. D. eod. wird es sehr wahrscheinlich, dass Marcellus seine Noten zu dem lib. sing. Regularum des Pomponius noch vor dem in der L. 52 pr. D. cit. erwähnten Rescripte des Pius geschrieben.

lib. III. wird citiert von Ulpian in der L. 52 §. 8 D. pro socio 17, 2.
- VI.: L. 40 D. de adm. tut. 26, 7.
L. 12 D. de test. mil. 29, 1.
L. 43 D. eod.
- IX.: L. 23 §. 2 D. de fid. lib. 40, 5.
- XIX.: L. 16 D. de cast. pec. 49, 17.

c) Definitionum
lib. II.: L. 17 D. eod.

Die Quaestiones sind, wenigstens zum grössten Theil, unter der Alleinregierung des Septimius Severus (193—198) geschrieben. Von den Responsa fallen mindestens die ersten 12 Bücher unter Severus und Caracalla (198 — 4. Februar 211), und zwar jedenfalls vom 4. Buche an erst nach 206; die letzten Bücher dagegen, zum mindesten vom 15. an, sind unter Caracalla und Geta, also im Laufe des Jahres 211, entstanden. Die Entstehungszeit der Definitiones lässt sich nicht näher bestimmen.[8]

9) **Claudii Tryphonini** Disputationum
lib. XVIII.: L. 19 D. de cast. pec. 49, 17.
L. 41 §. 2, 4 D. de test. mil. 29, 1.
- XX.: L. 28 §. 1 D. de lib. et post. 28, 2.

Die Stellen gehören wahrscheinlich der ersten Zeit der Alleinregierung Caracalla's an.[9]

10) **Tertulliani** lib. sing. de castrensi peculio.
Von dieser, soviel wir sehen, ersten und ältesten Monographie über das Institut sind uns nur folgende dürftige Reste erhalten:
L. 4 D. de cast. pec. 49, 17.
L. 23 D. de test. mil. 29, 1.
L. 33 D. eod.
Ein Citat in der L. 7 pr. C. de curat. fur. 5, 70 von Justinian.

Tertullian lebte und schrieb zur Zeit des Severus und Caracalla.[10]

11) **Iulius Paulus.** Aus seinen zahlreichen Schriften gehören hierher die folgenden Stellen:

a) Ad Edictum
lib. XII.: L. 13 §. 1 D. ex quib. caus. mai. 4, 6.

8) Die Beweise giebt mein Programm S. 28 ff.

9) Mein Programm S. 32.

10) Mein Programm S. 33. Vgl. auch das vorliegende Werk S 36 ff.



lib. XX.: L. 34 pr. D. de hered. pet. 5, 3.
- XLVI.: L. 8 §. 1 D. de SC. Silan. 29, 5.
- LIV.: L. 4 §. 1 D. de usurp. 41, 3.

Ueber das Alter des Edictscommentars lässt sich nur sagen, dass er aller Wahrscheinlichkeit nach zwischen 178—195 geschrieben ist.[11]

---

11) Gerade bei diesem Werke wäre mir eine genauere Bestimmung sehr wichtig gewesen; leider fehlt es aber dafür fast an jedem festen Anhalte. Th. Mommsen in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte IX. S. 115 fg. glaubt wenigstens die Anführung des „Marcianus" im 75. Buche (L. 8 D. usufr. quemadm. cav. 7, 9) als einen solchen betrachten zu dürfen und nimmt demnach an, dass das Werk erst unter Elagabalus oder Alexander zum Abschlusse gelangt sei. Allein schon der Umstand, dass es sich in der gedachten Stelle um einen Punkt aus dem Vermächtnissrechte handelt, macht es wahrscheinlich, dass hier nicht „Marcianus", sondern „Maecianus" gelesen werden müsse. Und diese Vermuthung, an sich schon unbedenklich genug, kann um so viel weniger einem Bedenken unterliegen, da die Namen Maecianus und Marcianus von den Handschriften auch sonst, und selbst in Inscriptionen, häufig mit einander verwechselt werden. So hat nach Mommsen's Digestenausgabe in der L. 15 und der L. 17 D. de legat. III. (32) der ursprüngliche Text der Florentiner Handschrift „Marcianus" statt „Maecianus", und in der L. 66 (64) D. ad SC. Treb. 36, 1 hat er „Marecianus". Ferner haben in der L. 58 D. de manum. test. 40, 4 und in den LL. 32, 35, 54 D. de fid. lib. 40, 5 die Basiliken „Marcianus" statt „Maecianus" gelesen. Fällt somit jede Beweiskraft jenes Citates hinweg, so weist im übrigen alles darauf hin, dass der Edictscommentar viel früher entstanden sei und zu den ersten Schriften des Paulus gehört habe. Dafür spricht schon die Thatsache, dass nicht der Edictscommentar des Paulus, sondern derjenige des Ulpian bei der Abfassung der Justinianischen Digesten vorzugsweise benutzt worden ist. Ferner dürfte eine Vergleichung von L. 1 §. 22 D. de acq. poss. 41, 2 aus Paulus lib. LIV. ad Ed. mit der L. 2 D. eod. aus Ulpianus lib. LXX. ad Ed. doch auch ganz augenscheinlich zeigen, dass die erste Stelle viel früher als die zweite, wahrscheinlich unter Alexander verfasste, geschrieben sein müsse. Und wäre das Werk erst während der Regierung des Caracalla oder gar erst später entstanden, so hätte doch Paulus nothwendig in den Fall kommen müssen, ebenso wie alle andern in dieser Zeit schreibenden juristischen Schriftsteller, von den zahlreichen und wichtigen Constitutionen des Severus und Caracalla mindestens eine oder die andere zu erwähnen. Weitere Fingerzeige sind die folgenden. Bei einer Vergleichung der L. 16 §. 2 D. de pign. act. 13, 7: Paulus lib. XXIX. ad Edict. mit der L. 17 D. eod. erhält man den Eindruck, als ob das 29. Buch noch vor dem in der L. 17 cit. erwähnten Rescripte von Severus und

b) Lib. sing. de iuris et facti ignorantia:
L. 9 §. 1 D. de iur. et facti ign. 22, 6.
Wahrscheinlich unter Severus und Caracalla geschrieben; denn vgl. L. 9 §. 5 D. eod.

Caracalla verfasst sei. Und die ganz allgemeine Redeweise in dem princ. der L. 16 cit. und in der L. 12 §. 1 D. de adm. tut. 26, 7: Paulus lib. XXXVIII. ad Ed. begründet sogar die Wahrscheinlichkeit, dass Paulus das 28. und selbst noch das 38. Buch vor der Oratio Severi über die Veräusserung von Mündelgut vom J. 195 geschrieben. (Das „lege non refragante" in der ersten Stelle macht ganz den Eindruck der Interpolation und würde in dem Munde eines klassischen Juristen auf die genannte Oratio und das daraufhin erlassene Senatusconsult nicht einmal passen.) Der Schluss aus einer Vergleichung von L. 2 §. 16, 20 D. pro emt. 41, 4: Paulus lib. LIV. ad Ed. mit dem §. 13 I. de usuc. 2, 6, dass Paulus im 54. Buche das in dieser Institutionenstelle angeführte Rescript von Severus und Caracalla gekannt haben müsse, ist kein besonders triftiger, da doch die Zurechnung der Usucapionszeit des Verkäufers zu derjenigen des Käufers schwerlich erst von diesen Kaisern eingeführt worden ist. (Vgl. Unterholzner, Verjährungslehre 2. Aufl. herausg. von Schirmer I. S. 469 fg.) Und auf eine frühere Entstehungszeit selbst dieses 54. Buches deutet auch der Umstand, dass Paulus in demselben einen Bestandtheil des castrense peculium noch nicht kennt, von welchem bereits Papinian in dem zwischen 206 und 211 geschriebenen 9. Buche der Responsa redet. (Vgl. S. 36.) Auf der andern Seite ist jedenfalls das 35. Buch nach Marc Aurel's Tode (180) geschrieben, weil darin (L. 16 pr. D. de ritu nupt. 23, 2) eine „Oratio Divi Marci" angeführt wird. Und schon im 11. Buche (L. 7 pr. in f. D. de cap. min. 4, 5) kennt Paulus das SC. Orphitianum von 178. Ferner werden im 13. Buche (L. 32 §. 14 D. de recept. 4, 8) zwei Entscheidungen des „Imperator Antoninus" erwähnt, eine Citierart, welche nach Mommsen's Ausführungen a. a. O. S. 99 im Zweifel auf einen noch regierenden Kaiser zu beziehen ist. Aus einer Stelle des 8. Buches (L. 10 pr. D. de his qui not. inf. 3, 2 verb. „Solet a **Principe** impetrari" rel.) und des 11. Buches (L. 21 D. de V. S. 50, 16: „**Princeps** bona concedendo videtur etiam obligationes concedere") steht aber zu schliessen, dass zur Zeit ihrer Abfassung nur ein einziger Kaiser regierte, da die römischen Juristen unter einer Mehrheit von Regenten „principes" zu schreiben pflegen. (Vgl. L. 8 §. 5 D. de vacat. 50, 5, L. 43 D. de test. mil. 29, 1.) Demnach kann der im 13. Buche citierte Imperator Antoninus nicht füglich ein anderer sein als Commodus, und es ergiebt sich also, dass die ersten Bücher des Commentars vielleicht noch unter Marcus und Commodus, die spätern, und zwar mindestens vom 8. bis zum 13. Buche, unter Commodus (180—192), die folgenden bis mindestens zum 38. Buche einschliesslich wenigstens vor 195 geschrieben sind. Und letz-

c) Sentenriarum
lib. II. tit. 21 A. §. 8.
- III. tit. 4 A. §. 3.
- V. tit. 9 §. 4.
? Fragm. de iure fisci §. 10.[12]
Die Sententiae sind aller Vermuthung nach in der ersten Zeit der Alleinregierung des Caracalla geschrieben.[13]

d) Quaestionum
lib. VII.: L. 30 D. de test. mil. 29, 1.
- IX.: L. 39 D. eod.
- XI.: L. 18 D. ad L. Falc. 35, 2.
- XIII.: L. 42 §. 1 D. de bon. lib. 38, 2.
- XV.: L. 98 §. 3 D. de solut. 46, 3.
Nach dem Tode des Septimius Severus entstanden.[14]

e) Responsorum
lib. XII.: L. 90 §. 1 D. de acq. her. 29, 2.
Das zwölfte Buch der Responsa fällt ohne Zweifel in die Regierungszeit des Severus Alexander.[15]

f) Lib. sing. ad Regulam Catonianam:
L. 20 D. de cast. pec. 49, 17.

---

teres ist mir von dem ganzen Werke wahrscheinlich wegen des Mangels jeder Erwähnung einer Verordnung von Severus und Caracalla, oder auch nur von Severus allein.

12) Vgl. Rudorff, Rechtsgeschichte I. S. 193. Dagegen aber Huschke, Iurispr. anteiust. Ed. II. p. 537 sq.

13) Mein Programm S. 48. Den dort angeführten Gründen tritt hinzu, dass Paul. V, 22 §. 3, 4 offenbar geschrieben ist vor der in der L. 17 D. de statu hom. 1, 5 (Ulp. lib. XXII. ad Ed.) erwähnten Verordnung Caracalla's, wodurch alle freie Bewohner des Reiches für römische Bürger erklärt wurden. Vgl. die Note Huschke's zu der genannten Stelle der Sententiae (Iurispr. anteiust. Ed. II. p. 455). Dieser Grund bleibt entscheidend, wenn man auch den früher von mir aus einer Vergleichung von Paul. V, 16 §. 11 mit der L. 33 §. 2 D. de proc. 3, 3 gezogenen nicht gelten lassen will. Ich kann daher der Ansicht von Huschke, Iurispr. anteiust. p. 353, dass Paulus die Schrift erst in den letzten Zeiten Caracalla's oder kurz nachher verfasst habe, nicht beistimmen.

14) Mein Programm S. 47 fg.

15) Denn dieser wird im 14. Buche (L. 87 §. 3, 4 D. de legat. II. (31) als regierender Kaiser ausdrücklich citiert. Ferner ist schon im 9. Buche (L. 14 D. de reb. eor. 27, 9) von einer „Oratio Divorum Principum" die Rede, wobei sonder Zweifel Severus und Caracalla gemeint sind. Ich verweise auch noch auf mein Programm S. 50.

g) Nota ad Iuliani Dig. lib. XXVII.:
L. 15 D. de mort. causa don. 39, 6.
Die beiden letzten Stellen sind einer genauern Zeitbestimmung nicht fähig.

12) **Domitius Ulpianus.** Seine meist unter Caracalla's Alleinregierung (212—217) verfassten Schriften geben die reichste Ausbeute. Und zwar beziehen sich auf das castrense peculium folgende Stellen.

a) Ad Edictum

lib. V.: L. 8 pr. D. de in ius voc. 2, 4.
- VIII.: L. 8 pr. D. de proc. 3, 3.
- X.: L. 12 §. 1 D. de negot. gest. 3, 5.
- XI.: L. 3 §. 4, 7, 10 D. de minor. 4, 4.
- XIII.: L. 6 D. de in int. rest. 4, 1.
- XIV.: L. 1 D. de cast. pec. 49, 17.
L. 8 §. 3 D. de inoff. test. 5, 2.
- XV.: L. 20 §. 10 D. de her. pet. 5, 3.
- XIX.: L. 2 §. 2 D. fam. erc. 10, 2.
- XXV.: L. 31 pr. D. de relig. 11, 7.
- XXIX.: L. 1 §. 3 D. de SC. Maced. 14, 6.
- XXXI.: L. 52 §. 8 D. pro socio 17, 2.
- XXXIII.: L. 7 D. de cast. pec. 49, 17.
- XXXVII.: L. 52 §. 4—6 D. de furt. 47, 2.
- XXXIX.: L. 3 §. 5 D. de B. Poss. 37, 1.
L. 1 §. 8 D. de B. P. sec. tab. 37, 11.
- XL.: L. 1 §. 15, 22 D. de coll. 37, 6.
- XLI.: L. 3 §. 6, 8 D. de bon. lib. 38, 2.
- XLV.: L. 8 D. de cast. pec. 49, 17.
L. 11 §. 1, 2, L. 13 pr., §. 1 D. de test. mil. 29, 1.
L. 1 §. 4 D. si a parente 37, 12.
- L.: L. 1 §. 14 D. de SC. Silan. 29, 5.
- LXIV.: L. 2 D. de SC. Maced. 14, 6.
L. 1 §. 9 D. de separ. 42, 6.
- LXVII.: L. 2 D. de cast. pec. 49, 17.
- LXVIII.: L. 1 §. 8 D. de tab. exhib. 43, 5.

Die ersten Bücher des Edictscommentars, und zwar mindestens bis zum 6. einschliesslich, scheinen noch unter Severus und Caracalla veröffentlicht worden zu sein, weil darin Caracalla nirgends genannt, im 6. Buche (L. 24 D. de his qui not. 3, 2) aber ein Rescript des „Imperator Severus" angeführt wird. In Ansehung der spätern Bücher, mindestens vom 9. bis zum 35., spricht manches dafür, dass sie unter Severus und Caracalla entworfen, aber am Anfange der Alleinregie-

rung des Caracalla nochmals überarbeitet und veröffentlicht worden sind.[16] Vom 36. bis zum 50. Buche scheint Abfassung und Veröffentlichung unter Caracalla's Alleinregierung geschehen zu sein. Mindestens vom 52. Buche ab ist aber der Commentar erst nach dem Tode dieses Kaisers und wahrscheinlich unter Alexander, also zwischen 222—228 geschrieben.[17]

---

16) Vgl. Th. Mommsen in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX. S. 101 fg. Besonders kommt in Betracht der in meinem Programm übersehene Umstand, dass im 26. Buche (L. 2 §. 2 D. de cond. ob turp. caus. 12, 5) eine Verordnung Caracalla's vom 19. Dezember 211 (L. 1 C. de poena iud. 7, 49) als kürzlich („non ita pridem") erlassen, noch im 35. Buche aber (L. 1 pr. D. de reb. cor. qui sub tut. 27, 9) Severus als „Imperator Severus", das heisst als noch regierender Kaiser angeführt wird.

17) Mommsen's Gründe reichen nur bis zum 35. Buche. Dass noch das 50. Buch unter Caracalla verfasst ist, zeigt die L. 3 D. de quaest. 48, 18. Dagegen ist das 52. Buch nach Caracalla's Tode geschrieben, weil es eine Verordnung dieses Kaisers als „constitutio Divi Antonini" bezeichnet: L. 5 §. 25 vgl. §. 16 D. ut in poss. leg. 36, 4. (Die in meinem Programm S. 40 fg. ausgesprochene Meinung, dass hier an eine Verordnung von Elagabal zu denken, ist um so weniger haltbar, als diese Verordnung bereits bei Paul. IV, 1, 17 zu Grunde liegt. S. auch Mommsen a. a. O. S. 114 Note 57.) Mommsen S. 110, 114 will freilich das „Divi" in der L. 5 §. 25 cit. streichen, weil in dem §. 16 ibid. Caracalla als „Imperator Antoninus Augustus", das heisst als lebend bezeichnet werde. Allein ich kann den Widerspruch nicht finden, weil sich das letzte Citat sehr gut aus dem von Mommsen S. 99 fg. angegebenen Grunde erklären lässt. Und für die Abfassung der letzten Bücher, vom 52. ab, unter Alexander sprechen auch noch andere Umstände. Erstens die verhältnissmässig weit kleinere Zahl, und namentlich die sehr viel geringere Genauigkeit der Citate aus frühern Schriftstellern, und zweitens die gegen Ulpian's Verfahren in den ersten 50 Büchern sehr auffällig abstechende Thatsache, dass Severus und Caracalla fast nur noch schlechtweg als Severus und Antoninus ohne Beisatz von Divus oder Imperator bezeichnet werden. Jenes wie dieses berechtigt zu der Vermuthung, dass Ulpian den letzten Theil des Edictscommentars erst schrieb, als er unter Alexander die hohe Stellung eines Praefectus praetorio erlangt hatte, welche ihm einerseits nur noch geringe Musse für schriftstellerische Arbeiten liess und ihn andererseits von den Rücksichten entband, die ein niedriger gestellter auch selbst noch auf verstorbene Kaiser hätte nehmen müssen. Uebrigens beziehe ich mich auf die Nachweisungen in meinem Programm S. 38 ff.

b) Ad Sabinum

lib. I.: L. 2 pr. D. de cont. emt. 18, 1.
L. 20 §. 2 D. qui test. fac. 28, 1.
- II.: L. 2 D. de test. tut. 26, 2.
- VI.: L. 5 D. de cast. pec. 49, 17.
- X.: L. 6 §. 13 D. de iniusto, rupto 28, 3.
- XIV.: L. 3 §. 7 D. de suis et legit. 38, 16.
- XV.: L. 3 §. 3 D. de assign. lib. 38, 4.
- XXII.: L. 44 pr. D. de legat. I. (30).
- XXXII.: L. 6 D. de cast. pec. 49, 17.
L. 3 §. 4 D. de donat. int. V. 24, 1.
- XXXIII.: L. 32 §. 17 D. eod.
- XXXVI.: L. 28 D. de test. mil. 29, 1.
- XLIV.: L. 7 §. 6 D. de donat. 39, 5.

Das Werk ist unter Caracalla's Alleinregierung, das 33. Buch jedenfalls später als das 35. Buch des Edictscommentars geschrieben.[18]

c) Disputationum

lib. IV.: L. 9 D. de cast. pec. 49, 17.
L. 42 §. 3 D. de acq. her. 29, 2.
L. 33 D. de A. R. D. 41, 1.
- VII.: L. 10 §. 2 D. de fideiuss. 46, 1.

d) Ad Legem Iuliam et Papiam

lib. III.: L. 45 §. 3 D. de ritu nupt. 23, 2.
- VIII.: L. 3 D. de cast. pec. 49, 37.

e) Fideicommissorum

lib. III.: L. 1 §. 6 D. ad SC. Treb. 36, 1.
- IV.: L. 16 §. 11, 12 D. eod.

f) De officio Consulis

lib. II.: L. 5 §. 15 D. de agnosc. lib. 25, 3.

g) Lib. sing. Regularum:

Ulp. fragm. XX, 10.

Alle diese Schriften fallen in die Zeit der Alleinregierung Caracalla's.[19]

---

18) Mein Programm S. 42 fg. Dernburg, Die Institutionen des Gaius S. 102 Anm. 4 will die Verweisung auf das 35. Buch ad Edictum in dem 33. Buche ad Sabinum aus einer zweiten Auflage des Sabinuscommentars erklären. Allein die Stelle der const. Cordi §. 3, auf welche er sich beruft, bietet für die Annahme einer zweiten Ausgabe des Sabinuscommentars selbst schwerlich einen genügenden Anhalt. Weit eher möchte ich an eine zweite Ausgabe der frühern Bücher des Edictscommentars glauben.

19) Mein Programm S. 34 ff., Huschke, Iurispr. anteiust. Ed. II. p. 467.

h) Ad Legem Aeliam Sentiam

lib. IV.: L. 30 §. 2 D. qui et a quib. 40, 9.

i) Nota ad Marcelli Digest. lib. IX.:

L. 9 D. de iure codicill. 29, 7.

Ueber das Alter dieser Stellen lässt sich nur sagen, dass die erste jedenfalls nach dem Tode Marc Aurel's geschrieben ist, und dass die Noten zu Marcellus älter sind, als der Sabinuscommentar.[20]

13) **Aelii Marciani**

a) De iudiciis publicis

lib. I.: L. 11 pr. D. de L. Corn. de fals. 48, 10.

b) Institutionum

lib. I.: L. 22 D. de bon. lib. 38, 2.

- IV.: L. 22 D. de test. mil. 29, 1.

L. 52 pr. D. de acq. her. 29, 2.

- VIII.: L. 114 pr. D. de legat. I. (30).

Beide Schriften gehören der Zeit nach Caracalla's Tode an.[21]

14) **Aemilii Macri** De re militari

lib. II.: L. 11 D. de cast. pec. 49, 17.

L. 26 D. de test. mil. 29, 1.

Wahrscheinlich unter Alexander geschrieben.[22]

15) **Herennii Modestini** Regularum

lib. VI.: L. 8 pr. D. de iure patron. 37, 14.

L. 17 D. de manum. 40, 1.

Ohne Zweifel aus der gleichen Zeit.[23]

---

20) Jenes erhellt aus dem princ. der cit. L. 30 D. qui et a quib., weil darin eine „Constitutio Divi Marci" genannt wird, dieses aus der L. 41 pr. D. ad L. Aquil. 9, 2: Ulp. lib. XLI. ad Sabinum, weil sich darin Ulpian auf seine Noten zu den Digesten des Marcellus bezieht.

21) Mein Programm S. 50 ff. Zwar habe ich dort die Schrift De iudiciis publicis noch in die Lebenszeit Caracalla's gesetzt; allein im 2. Buche wird „Antoninus Magnus" genannt, und diese Bezeichnung weist auf die Zeit nach Caracalla's Tode hin: Th. Mommsen in der Zeitschr. f. Rechtsgesch. IX. S. 109.

22) Denn die Schrift De appellationibus fällt zweifellos unter Alexander, und in der L. 13 §. 6 D. de re milit. 49, 16 aus lib. II. de re militari ist statt „Divus Severus et Antoninus" ohne Zweifel „Divi Severus et Antoninus" zu lesen. Vgl. Th. Mommsen a. a. O. S. 105 ff. und mein Programm S. 52 fg.

23) Im 6. Buche (L. 3 D. de senator. 1, 9) steht „Divus Severus et Antoninus". Vgl. die vorige Anmerkung.



16) Der Kaiser **Severus Alexander** in folgenden Rescripten:
L. 1 C. de cast. pec. 12, 37 a. 223.
L. 4 C. fam. erc. 3, 36 a. ? [24]
L. 2 C. de cast. pec. 12, 37 a. 224.
L. 3 C. eod. a. 224.
L. 3 C. de bonis proscript. 9, 49 a. 226.

17) Der Kaiser **Gordianus** in
L. 4 C. de cast. pec. 12, 37 a. ? (jedenfalls zwischen 238 —244).

18) Die Kaiser **Diocletian** und **Maximian** in
L. 12 C. de collat. 6, 20 a. 294.
L. 24 C. de inoff. test. 3, 28 a. 294—300.
L. 5 C. de cast. pec. 12, 37 a. ?

19) Der Kaiser **Constantin** in
L. 3 Th. C. de privil. eor., qui in sacro pal. 6, 35 a. 319, woraus L. 2 C. eod. 12, 29 (28) geschöpft ist.
L. 15 Th. C. eod. = L. un. C. de castr. omn. pal. pec. 12, 31 (30) a. 326. [25]

20) **Aurelii Arcadii Charisii** lib. sing. de testibus:
L. 10 §. 2 D. de quaest. 48, 18.

21) **Hermogeniani** Iuris Epitomarum
lib. IV.: L. 40 pr. D. ad L. Falc. 35, 2.
Beide schrieben nach 331. [26]

22) Der Kaiser **Constantius** in
L. 3 Th. C. de re milit. 7, 1 = L. 10 C. eod. 12, 36 a. 349.

23) **Fl. Vegetius Renatus** in der Epitome institutorum rei militaris (c. 380) lib. II. cap. 20.

24) Der Kirchenvater **Hieronymus** († 420) in der Epist. LX. ad Heliodorum (Epitaphium Nepotiani) nr. 10 aus dem Jahr 396. [27]

25) Die Kaiser **Honorius** und **Theodosius II.** in
L. 2 Th. C. de assessor. 1, 35 (21) = L. 7 C. eod. 1, 51.

---

24) Die Stelle hat zwar grosse Aehnlichkeit mit der L. 1 C. cit. und in manchen Handschriften sogar die nämliche Inscription, darf aber dennoch schwerlich mit jener für ein einziges Rescript angesehen werden.

25) Nach der Subscription könnte man zwischen den Jahren 320 und 326 schwanken, aber man vergleiche die Note in der (hier überall zu Grunde gelegten) Hänel'schen Ausgabe des Codex Theodosianus.

26) Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechts I. S. 388 fg., Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte I. S. 199 fg.

27) Opp. ex rec. D. Vallarsii t. I. p. 337. Die Stelle ist abgedruckt in der Anm. 8 zu §. 60 (S. 430).

L. 6 Th. C. de postul. 2, 10 = L. 4 C. de advoc. divers. iudicior. 2, 7.

Beide Stellen haben die gleiche Inscription und das gleiche Datum vom 23. März 422, sind also unzweifelhaft nur Stücke einer und derselben grössern Verordnung.

26) Die Kaiser **Theodosius II.** und **Valentinian III.** in

L. 8 C. de adv. divers. iudicior. 2, 7 a. 440.

Nov. Valent. III. tit. II. de postul. L. 2 §. 4 (ed. Haenel.) a. 442.

L. 6 C. de cast. pec. 12, 37 a. ?

27) Die Kaiser **Leo I.** und **Anthemius** in

L. 34 C. de episcop. 1, 3 a. 469.[28]

28) Der Kaiser **Anastasius** in

L. 5 pr. C. de silentiar. 12, 16 a. 499.

29) Die Lex Romana Visigothorum vom J. 506.[29]

Hierher gehören die Interpretationes zu den bereits genannten Stellen des Codex Theodosianus, besonders zu der L. 6 (3) Th. C. de postul. 2, 10, und zu den ebenfalls schon genannten Stellen der Sententiae des Paulus, ferner die Explanatio tituli Th. C. I, 11 de assessoribus[30] und Gaii Epit. II, 1 §. 7.

30) Von **Justinian** rühren folgende das Institut betreffende Gesetze her:

L. 30 §. 2 C. de inoff. test. 3, 28 vom 1. Juni 528.

L. 6 pr., §. 3 C. de bonis quae lib. 6, 61 vom 30. Oktober 529.

L. 7 C. eod. vom 21. März 530.

L. 7 §. 1 C. ad SC. Maced. 4, 28 vom 21. Juli 530.

L. 7 pr. C. de curat. fur. 5, 70 vom 1. September 530.

L. 16 §. 2 C. de usufr. 3, 33 vom 1. Oktober 530.

L. 21 C. de collat. 6, 20 vom 18. Oktober 530 oder 532.

L. 7 C. qui bonis ced. 7, 71 vom 20. Februar 531.

L. 8 §. 2 C. de bon. quae lib. 6, 61 vom 29. Juli 531.

L. 11 C. qui test. fac. 6, 22 vom 29. Juli 531.

L. 37 C. de inoff. test. 3, 28 vom 1. September 531.[31]

---

28) Man vergleiche die Anm. 8 zu §. 46 (S. 352).

29) Sie ist überall benutzt in der vortrefflichen Ausgabe von Gust. Haenel. Lips. 1849. 4°.

30) Haenel p. 5 vgl. praef. p. XXIII. sq. und unten §. 68.

31) Die Subscription lautet freilich: „Dat. Kal. Sept. Constantinop. post consulatum Lampadii et Orestae V. V. C. C. anno secundo", was auf 532 hinweisen würde, allein es kann keinem Zweifel unterliegen, dass die Constitution dem Jahr 531 angehört, und dass also der ohnehin nicht

L. 12 C. qui test. fac. 6, 22 vom 1. September 531.
L. 50 C. de episc. 1, 3 vom 5. Februar 532.
Nov. 22 cap. 34 in f. vom 18. März 536.
Nov. 115 cap. 3, 4 vom 1. Februar 542.
Nov. 118 cap. 1, 2 vom 26. Juli 543.
Nov. 123 cap. 19 vom 1. Mai 546.

Aus den am 21. November 533 bestätigten Institutionen gehören hierher:

§. 1 I. per quas pers. 2, 9.
§. 9 I. de test. ord. 2, 10.
Pr., §. 5, 6 I. de milit. test. 2, 11.
Pr. I. quib. non est permiss. 2, 12.

31) Die Paraphrase des **Theophilus** zu diesen Institutionenstellen.

32) Die höchst wahrscheinlich zwischen 543 — 546 verfasste sog. Turiner Institutionenglosse in den Nummern 132, 166, 170, 330, 474.[32]

33) Die Basiliken und ihre Scholien.[33] Sie geben verhältnissmässig nur sehr unbedeutende Aufschlüsse. Wichtiger ist

34) eine griechische Abhandlung über die Peculien von unbekanntem Verfasser, aber vermuthlich aus dem eilften Jahrhundert, herausgegeben von Gustav Ernst Heimbach in den *Ἀνέκδοτα* tom. II. p. 247 — 260. Die Schrift zeichnet sich vor andern ihrer Zeit durch Gründlichkeit aus. Ihr hauptsächlichster Werth besteht aber in der wörtlichen Mittheilung von Stellen der Basiliken, von Stücken aus dem *κατὰ πόδας* des Thaleläus und namentlich von Scholien dieses Juristen und anderer älterer Schriftsteller.[34]

---

in allen Handschriften vorkommende Beisatz „anno secundo" zu streichen ist. Denn schon in der L. 12 C. qui test. fac. vom 1. Sept. 531 wird unsere Constitution erwähnt, und auch in der L. 50 C. de episc. 1, 3 vom 5. Februar 532 wird sie offenbar vorausgesetzt. Demnach ist die L. 37 C. cit. gleichzeitig mit der L. 36 C. eod. und mit der L. 12 C. cit. erlassen. Vgl. auch §. 33 Anm. 12 (S. 239) und Anm. 15 (S. 241), §. 48 (S. 359) und §. 66 (S. 463).

32) Benutzt ist die Ausgabe von Paul Krüger in der Zeitschrift für Rechtsgeschichte VII. (1868) S. 52 ff. Der Nachweis des angegebenen Alters der Glosse ist geführt in meiner Schrift über die sog. Turiner Institutionenglosse und den sog. Brachylogus (1870).

33) Ueberall nach der Ausgabe von Heimbach benutzt und angeführt.

34) Der Heimbach'schen Ausgabe liegt eine Pariser Handschrift aus dem 15. Jahrhundert und eine Bologneser Handschrift aus dem Anfange des 16. Jahrhunderts zu Grunde. Durch die Güte meines Collegen, Herrn

II. Erkenntnissquellen der spätern Entwickelung des Institutes.

1) Die Lex Romana Visigothorum und die verschiedenen seit dem 7. Jahrhundert gemachten Auszüge aus derselben, unter denen besonders die sog. Lex Romana Utinensis (von Haenel als Epitome S. Galli bezeichnet) hervorzuheben ist.
2) Das langobardische Edictum Rotharis vom J. 643 im cap. 167.[35]
3) Der wahrscheinlich gerade in dem Jahr 1000 zu Rom verfasste sog. Brachylogus in lib. II. tit. 17 §. 2.[36]
4) **Petrus,** Exceptiones Legum Romanorum lib. I. cap. 20, 22, lib. III. cap. 25, 26, in Südfrankreich um die Mitte des 11. Jahrhunderts entstanden.[37]
5) Die Schriften der Glossatoren. Als die Grundlage der gesammten spätern Entwickelung sind sie von besonderer Bedeutung. Sie bieten jedoch in Ansehung des castrense peculium nur wenig. Im ganzen kommen ausser der Accursischen Glosse zu den oben angeführten Stellen des Corpus iuris fast bloss noch die Vorlesungen des **Odofredus** († 1265) in Betracht.

Geh. Rathes Witte, habe ich aber Gelegenheit gehabt, auch eine in seinem Besitze befindliche genaue Abschrift der ältesten bekannten Venediger Handschrift aus dem 13. Jahrhundert kennen zu lernen und zu benutzen. Sie stimmt mit der Pariser Handschrift darin überein, dass sie mit dem Worte πατέρων aufhört und folglich die Schlussstelle der Bologneser Handschrift nicht enthält. Bei dieser Gelegenheit kann ich auch die Frage Heimbach's (Proleg. p. LXX), ob das Werkchen in jener ältesten Handschrift einen Titel habe, verneinend beantworten.

35) Benutzt nach Bluhme's Ausgabe bei Pertz, Monumenta Germaniae historica Legum t. IV. p. 38 und in Edictus ceteraeque Langobardorum Leges (Hanov. 1870) p. 34. Die Stelle findet sich mit geringen Veränderungen wieder in dem Liber Papiensis Roth. 167 (Pertz ibid. p. 326 sq.) und in der L. 11 Lomb. de success. II, 14. Mit ihr ist zu verbinden eine alte Glosse zu dem Liber Papiensis l. c. aus dem Anfange des 11. Jahrhunderts (Pertz p. 327).

36) Benutzt in der Ausgabe von Böcking, Corpus Legum sive Brachylogus iuris civilis. Berol. 1829. — Den Nachweis der angegebenen Entstehungszeit und Heimath liefert meine Schrift über die Turiner Institutionenglosse und den Brachylogus.

37) Vgl. §. 73 Anm. 5. Die Schrift ist benutzt in der Ausgabe von Barkow bei Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter 2. Ausg. II. S. 320 ff. Andere nach Alter und Darstellung verwandte Schriften sind genannt in §. 73 und §. 74.



Die Glosse ist überall benutzt nach der Pariser Ausgabe des Corpus iuris von 1576 (ap. Sebastianum Nivellium fol.)

Von den Vorlesungen des Odofred verdienen hier die Erwähnung nur folgende:

Praelectiones in primam Codicis partem (Lib. I. — V.) Lugd. 1552. fol.

Praelectiones in secundam Codicis partem. Lugd. 1549. fol.

Praelectiones super tribus libris Codicis. Lugd. 1550. fol.[38]

6) Die Commentatoren von der Mitte des 13. bis zum Anfange des 16. Jahrhunderts. Ihre Schriften sind der bei weitem wichtigste Theil der gesammten Literatur des Institutes, und zwar nicht allein in dogmengeschichtlicher Beziehung, sondern nicht allzu selten auch für das richtige Verständniss des reinen römischen Rechtes. Hervorzuheben sind die Lectura des **Cinus** über den Codex (zwischen 1312 — 1314 verfasst), die Commentare des **Bartolus** (geb. 1314, gest. 1357), des **Baldus** (geb. 1327, gest. 1400), des **Salicetus** († 1412), des **Raphael Fulgosius** (geb. 1367, gest. 1427), des **Paulus de Castro** († 1441), des **Alexander Tartagnus** (geb. 1424, gest. 1477) und des **Jason** (geb. 1435, gest. 1519); ganz besonders aber

der Commentar des französischen Juristen **Johannes Faber** über die Institutionen (verfasst gegen die Mitte des 14. Jahrhunderts),

die Lectura des neapolitanischen Juristen **Lucas de Penna** über die tres libri Codicis, begonnen im Jahr 1348,[39] endlich

die Lectura des Bologneser Rechtslehrers **Johannes de Platea** über die tres libri Codicis, etwa aus dem Anfange des 15. Jahrhunderts,[40] die ich kenne in der Ausgabe: Lugd. sumpt. Bartholomaei Trot. 1516. fol.

7) Die zu Tübingen gehaltenen Vorlesungen des **Johannes Sichard** (geb. 1499, von 1535 bis zu seinem Tode im J. 1552 Professor in Tübingen) über den Codex.[41] Sie bieten zwar nicht besonders viel, geben aber ein klares Bild der damaligen Gestaltung

---

38) Auf diese Ausgaben beziehen sich die hie und da angegebenen Blätterzahlen.

39) Ich habe die bei Savigny, Gesch. des röm. R. im M. A. 2. Ausg. VI. S. 203 nicht erwähnte Ausgabe Lugd. ap. Iac. Giunta 1544 fol. benutzt, von der ich zwei Exemplare kenne.

40) Er schrieb nach Salicet, da er diesen häufig citiert, aber vor Angelus Aretinus († 1445). Vgl. auch Spangenberg, Einleitung in das römisch - Justinianeische Rechtsbuch S. 317.

41) Benutzt in der Ausgabe Francof. tom. I. 1613, tom. II. 1614 fol.

des Institutes in Deutschland. Hierher gehören namentlich die Bemerkungen zu der L. 4 C. fam. erc. 3, 36.

8) **Jacobus Cujacius,** geb. 1520 oder 1522, gest. 1590. In seinen zahlreichen Schriften wird natürlich auch das castrense peculium vielfach berührt. Seine Erörterungen sind aber nicht von besonderer Bedeutung, und die bekannte Veränderlichkeit seiner Ansichten wird auch hier oft genug bemerkbar. Noch unbedeutender sind

9) die wenigen Bemerkungen über das Institut in den Schriften von **Hugo Donellus** (geb. 1523 oder 1527, gest. 1591). Eine Erwähnung verdient höchstens, was er in den Commentarii iuris civilis lib. VI. cap. 5 nr. 8 und lib. IX. cap. 5 nr. 8—11 von dem castrense und quasi castrense peculium sagt.

10) **Benedicti Pinelli** Lusitani Variae resolutiones selectaeque iuris interpretationes et conciliationes. Lugd. 1680. 4°. Lib. I. cap. V. Utrum filiusfamilias possit testari de bonis, quae eidem acquiruntur ex dispositione l. Cum multa [7] C. de bonis quae liberis etc. In dieser, am Ende des 16. oder am Anfange des 17. Jahrhunderts geschriebenen,[42] Abhandlung wird ein grosser Theil der Lehre von dem castrense peculium gründlich und eingehend erörtert.

11) **Anton Faber,** geb. 1557, gest. 1624. Er hat sich mit dem Institute vielfach und, wie es scheint, mit besonderer Liebe beschäftigt. Fast als eine förmliche Monographie kann gelten:
Iurisprudentiae Papinianeae scientia (zuerst 1607, von mir vorzugsweise benutzt in der Ausgabe: Coloniae Allobrog. 1631. 4°.) Tit. XI. princ. VI. de militia et dignitate (p. 559—593 der Ausgabe von 1631).
Ergänzungen finden sich in den
Errores pragmaticorum et interpretum iuris Dec. 43 err. 5, 8, 9, 10, Dec. 82 err. 6—8 (Epist. dedicat. zu der die dec. 26—50 enthaltenden Pars II. von 1604, und zu der die dec. 76—100 umfassenden Pars IV. von 1614. Benutzt ist vorzugsweise die Ausgabe: Lugd. 1658. II tomi fol.)
Diese Erörterungen Faber's zeichnen sich durch grosse Selbständigkeit, Scharfsinn und viele treffende und richtige Gedanken aus. Nur hat er sich durch sein Streben nach Originalität manchmal zu leeren Spitzfindigkeiten verleiten lassen; auch fehlt es seiner Darstellung bei aller Weitschweifigkeit nicht selten an der rechten Gründlichkeit.

42) Pinellus citiert unter andern den Cujacius († 1590) und den Mendoza († 1596), aber nicht den Anton Faber. Dagegen wird er in der Mitte des 17. Jahrhunderts von Retes citiert.



Endlich artet die anerkennenswerthe Freiheit, mit welcher Faber dem Stoff und den Quellen gegenübersteht, hier, wie in dem Gebiete anderer Lehren, allzu oft in blinde und grundlose Willkür aus.

12) Disp. jurid. de peculio castrensi, quam sub praesidio Dn. **Quirini Schachers** publicae disquisitioni subjicit I. C. Billeb. Lips. 1646. 4°. Gänzlich werthlos.

13) **Josephi Fernandez de Retes** Opusculorum lib. V. De castrensi peculio. Der zweite, diese Abhandlung mitenthaltende Theil der Opuscula war schon 1656 vollendet, erschien aber erst 1658 zu Salamanca, wo damals Retes Professor war. Eine neue, von mir benutzte, Ausgabe findet sich in Gerard Meerman's Novus thesaurus iuris civilis et canonici Tom. VI. p. 240—273.

Das Hauptwerk über die Lehre, ausgezeichnet durch Gründlichkeit und Vollständigkeit in der Benutzung des Quellenmaterials, sowie durch sorgfältige Berücksichtigung der Literatur. Zu tadeln ist ausser der äusserst dürftigen Behandlung des quasi castrense peculium die gänzliche Ausserachtlassung der geschichtlichen Seite des Gegenstandes.

14) **Wolfgang Adam Lauterbach,** geb. 1618, gest. 1678. Er hat sich mit dem Institute in mehrern Abhandlungen beschäftigt. Fast alles aber, was er darüber geschrieben, und jedenfalls alles wesentliche findet sich wörtlich wieder in dem nach seinem Tode von seinem Sohn Ulr. Thom. Lauterbach herausgegebenen Collegium theoretico-practicum Lib. XV. tit. I. §. V.—XVII., Lib. XLIX. tit. XVII.

15) **Joh. Schilter,** Praxis iuris romani in foro germanico. Tom. III. (zuerst 1684). Exerc. ad Pand. XLIV. §. XL.—XLVII. Das castrense und quasi castrense peculium wird hier ziemlich ausführlich behandelt. Denn die ganze Exerc. XLIV. ist ein blosser Wiederabdruck einer ältern, unter dem Präsidium des Joh. Strauch vertheidigten und daher öfters unter dem Namen des letztern angeführten Dissertation Schilter's: De acquisitionibus per hos, qui sunt in potestate. Jenae 1658. 4°.

16) **Christophorus Conradus Baumgärtner** (praes. Nic. Christ. Lyncker), Diss. inaug. jurid. de juribus peculii militaris. Jenae 1697. 4°. (Recusa Vitembergae 1753. 4°.) Eine von spätern viel benutzte Schrift, die häufig, aber sehr mit Unrecht, dem praeses Lyncker zugeschrieben wird. Sie giebt den damaligen Stand der Lehre in recht fleissiger Zusammenstellung.

17) **Samuel Stryk,** Disp. de obligatione filiifamilias (1708) Cap. II. De obligatione filiifamilias intuitu peculii castrensis et quasi



castrensis. (Opp. omn. tom. VIII. Francof. 1745. Pag. 402—407.) Recht klare Darstellung der damals herrschenden Meinungen.

18) **Joh. Godofredus Bauer,** Diss. jur. de peculio quasi castrensi studiosorum. Lips. 1726. 4°. (Auch in den Opusc. acad. edid. Henr. Godofr. Bauer. Lips. 1787. Tom. I. p. 50 sqq.) Verbreitet sich über viele andere das Institut betreffende Fragen und muss daher in der Reihe der allgemeinen Literatur desselben mit genannt werden.

19) Project des Corporis Juris Fridericiani. Th. I. 1749, Th. II. 1751. Verfasst von dem damaligen preussischen Grosskanzler Samuel v. Cocceji und wesentlich dazu bestimmt, das Recht, wie es damals in der Praxis galt, in klarer, systematischer Weise mit Entscheidung der bestehenden Streitfragen darzustellen. Hierher gehört Part. I. lib. I. tit. IX. art. IV. §§. 62—68.

20) Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756, nach der Einführungsverordnung ebenfalls im wesentlichen nur auf eine Codification des geltenden Rechtes abzielend, und die Anmerkungen zu diesem Gesetzbuche von **Kreittmayr.** Th. I. München 1759. Von dem castrense und quasi castrense peculium wird gehandelt in Th. I. Cap. V. §. IV.

Als sicherste Zeugnisse der damaligen Praxis sind diese Gesetzgebungsarbeiten von allergrösster Bedeutung.

21) **Gregorii Majansii** Disputationes juris. Tom. I. Lugd. Batav. 1752. 4°. Disput. XIV. De peculio castrensi (p. 256—295).

Die Abhandlung ist keinesweges eine vollständige Monographie des Institutes, sondern sie scheint hauptsächlich nur geschrieben zu sein einigen unverhältnissmässig weitläufigen Ausführungen zu Liebe, die manchmal dem Gegenstande ziemlich fremd und noch öfter unrichtig sind.

22) **Christianus Rau,** Historia iuris civilis de peculiis. Lips. 1770. 4°. Vom castrense und quasi castrense peculium handeln besonders die §§. VII. und VIII. (p. XIX.—XXXIII.)

Mit Ausnahme der grundlosen Hypothese, dass die privilegierte Stellung des Haussohnes zu dem castrense peculium schon vor der Kaiserzeit bestanden habe und ihre Entstehung einem alten Gewohnheitsrechte verdanke, ist in dieser Erörterung etwas neues nicht zu finden. Dennoch muss diese Schrift ganz besonders hervorgehoben werden, weil sie von spätern viel benutzt und citiert worden ist.

23) **Joh. Bernh. Christ. Eichmann** (Professor zu Jena), Erklärungen des Bürgerlichen Rechts nach Hellfeld's Lehrbuche der Pandecten. Dritter Theil. Berlin und Stralsund 1784. S. 125

—135. Brauchbar als Darstellung des damaligen Standes der Lehre. Ebenso

24) **Ludwig Julius Friedrich Höpfner**, Theoretisch-practischer Commentar über die Heineccischen Institutionen. Zuerst 1783; 5. Aufl. 1795. §§. 426—428, 431.

25) **Gallus Aloys. Casp. Kleinschrod** (praes. Ios. Maria Schneidt), Diss. inaug. de iure filiifamilias disponendi de peculiis ad normam iuris peregrini et patrii considerato. Wirceburgi 1784. 4°.
Die Schrift wird öfters unter dem Namen des praeses Schneidt citiert, aber laut des Vorwortes von Schneidt mit grossem Unrechte. Sie zeichnet sich aus nicht nur durch Fleiss und Klarheit, sondern auch dadurch, dass neben dem römischen auch das kanonische, deutsche und insbesondere fränkische Recht berücksichtigt ist.

26) **Christian Friedrich Glück**, Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld. Th. II. 1791. §. 136 (S. 214 ff.); Th. XIV. 1813. §. 906 (S. 360 ff.); Th. XXXIV. 1830. §. 1407 a. (S. 102 ff.).
Es ist nicht leicht möglich, grössere Widersprüche bei einem und demselben Schriftsteller zu finden, als in diesen verschiedenen Bänden des Glück'schen Commentars. Im 2. Theil steht Glück noch ganz und gar auf dem Standpunkte der frühern Theorie und Praxis. Im 14. Theil dagegen trägt er unter dem Titel einer „Nachlese" die grundverschiedenen Lehren vor, welche Thibaut in seinem inzwischen erschienenen System des Pandectenrechtes als vermeintlich wahres Justinianisches Recht entwickelt hatte, und im 34. Theil hält er sich eben so unselbständig an Retes.

27) **(Philipp Heinrich Friedrich Hänsel)**, Bemerkungen und Excurse über das in dem Königreich Sachsen gültige Civilrecht nach Anleitung von Curtius Handbuch zusammengestellt. Erste Abtheilung. Leipzig 1828. Diese erste Abtheilung erschien ohne Nennung des Verfassers, der jedoch unter der Vorrede der zweiten sein Incognito aufgab. In §. 164 (S. 378—392) wird eine recht vollständige und gute Darstellung des castrense und quasi castrense peculium gegeben.

28) **Heimbach** (Professor in Leipzig) in dem Rechtslexikon für Juristen aller teutschen Staaten, redigiert von Weiske. Bd. VII. (1847). Artikel „Peculien". Von dem castrense und quasi castrense peculium ist die Rede S. 867—873. Ohne alle Selbständigkeit.

29) **Johannes Emil Kuntze** (Professor in Leipzig), Cursus des römischen Rechts. Leipz. 1869. §§. 937—941 (S. 740 ff.).

30) **Alois Brinz,** Lehrbuch der Pandekten. Zweite Abtheilung. Zweite Hälfte. Zweite Lieferung (Die Familienrechte). Erlangen 1869. §§. 252, 255, 256.

Diese beiden Lehrbücher behandeln das Institut so eingehend, dass sie hier einer besondern Erwähnung verdienen. Sie befassen sich aber gleich allen andern Lehrbüchern unserer Zeit das erste nur, das zweite fast nur mit dem reinen römischen Rechte.

Viele andere, minder wichtige oder bloss einzelne Theile der Lehre von dem castrense und quasi castrense peculium erörternde Schriften werden im Laufe der Darstellung an den betreffenden Orten genannt. Die grosse Dürftigkeit der Literatur lässt sich schon daraus ermessen, dass ich, mit Ausnahme derjenigen des Retes, keine einzige Schrift verzeichnen konnte, die den Namen einer eigentlichen Monographie verdiente. Und vollends von der deutschen Rechtswissenschaft ist das Institut bisher gänzlich vernachlässigt worden. Am meisten haben sich die Spanier um es verdient gemacht.

Einleitung.

Geschichtlicher Ursprung des castrense peculium.

§. 1.

Wer es unternehmen wollte, den Ursachen nachzugehen, aus welchen einzelne Rechtsinstitute von Seite der schriftstellerischen Bearbeitung entweder besondere Gunst oder besondere Zurücksetzung erfahren haben, der würde sicherlich finden, dass das eine wie das andere keinesweges immer nur durch innere Gründe, das besondere Maass des Werthes oder Unwerthes, bestimmt worden ist, sondern häufig durch recht äusserliche Rücksichten, und dass überhaupt in dem Leben der Rechtsinstitute Umstände von an sich sehr zufälliger und gleichgültiger Art eine nicht minder wichtige Rolle spielen, als in demjenigen der Menschen, Völker und Staaten. Wenigstens wird man unwillkürlich auf solcherlei Betrachtungen geführt durch die Wahrnehmung der äusserst mangelhaften Bearbeitung desjenigen Institutes, dessen umfassende Darstellung dem vorliegenden Buche zur Aufgabe gesetzt ist. Sieht man sich nach den Gründen dieser argen Vernachlässigung um, so lässt sich zuvörderst kein anderer entdecken, als der rein äusserliche, dass der Titel de castrensi peculio in den Justinianischen Digesten sowohl, als in dem Codex zufällig zu den allerletzten gehört. Eine Thatsache, anscheinend so geringfügig, um kaum die Beachtung zu verdienen. Und dennoch war sie von dem allergewichtigsten Einflusse während der langen Zeit, in welcher die Rechtswissenschaft ihren Schwerpunkt in den akademischen Lehrvorträgen hatte, diese letztern aber rein exegetisch zu Werke giengen oder sich doch wenigstens aus dem Geleise der sog. Legalordnung nicht herausbewegten. Unter der Herrschaft einer solchen Methode mussten die letzten Titel ganz

regelmässig zu kurz kommen. Denn bei der ungeheuern Fülle des Stoffes bleibt in den festen Zeitschranken der akademischen Vorträge für eine gleichmässige Behandlung auch der letzten Partieen gewöhnlich kein Raum mehr übrig.[1]

Was aber einmal auf der Seite liegt, das pflegt schon um deswillen wenig beachtet zu werden. Es fehlt ihm an Gelegenheit, die Blicke auf sich zu lenken und mit der Bekanntschaft ein Interesse für sich zu erwecken. Nur hieraus lässt es sich erklären, dass auch nach dem Wegfall jener Methode die Verödung des castrense peculium fortgedauert hat. Denn den Maassstab des innern Verdienstes angelegt, hätte dieses Institut von jeher der schriftstellerischen Pflege in vorzugsweisem Grade würdig erscheinen müssen. War doch seine merkwürdige, aus den vollkommensten Gegensätzen eigenthümlich gemischte Theorie für sich allein schon genugsam dazu angethan, das wissenschaftliche Auge zu fesseln und zu einer genauern Betrachtung zu reizen. Hiezu kam aber noch die bekannte Thatsache, dass das castrense peculium der Ausgangspunkt gewesen ist für die gesammte freiere Entwickelung, welche die vermögensrechtliche Stellung der Hauskinder in dem spätern römischen Rechte genommen. Dadurch war die Erwartung berechtigt, dass eine Erforschung seiner Geschichte zugleich ein Licht über diese noch weitaus nicht hinreichend aufgeklärte Entwickelung verbreiten werde. Endlich hätte das castrense und quasi castrense peculium längst auch aus dem Grund eine sorgfältige monographische Bearbeitung

---

1) Ganz anschaulich und augenfällig wird die Bedeutung dieses Umstandes, wenn man die Commentare der mittelalterlichen Schriftsteller über das Digestum novum oder auch die spätern Pandektencommentare eines Duaren, Brunnemann, Voet und anderer betrachtet. Die letzten Titel, und darunter derjenige de castrensi peculio, mangeln entweder völlig oder sind doch nur in der allerdürftigsten Weise ausgestattet. Noch ungünstiger aber war das Schicksal des Codextitels de castrensi peculio. Denn die drei letzten Bücher des Codex wurden im Mittelalter überhaupt nur sehr selten commentiert. Und wenn es einmal geschah, so ergieng es wenigstens den letzten Titeln gewöhnlich nicht besser, als den letzten Titeln der Digesten. In den Commentaren der Spätern aber, z. B. des Brunnemann, Perez und anderer, ist, wie leicht der Augenschein ergiebt, dieser Mangel keineswegs ausgeglichen.

verdient, weil es mit den staatlichen und gesellschaftlichen Verhältnissen des römischen Reiches in einem leicht bemerkbaren engen Zusammenhange steht. Und noch mehr. Dehnte man die Untersuchung nur um etwas weiter aus, so hätte man alsbald erkennen müssen, dass dieser Zusammenhang mit den allgemeinen staatlichen und gesellschaftlichen Zuständen auch im Mittelalter nicht aufgehört hat, dass vielmehr für die Ausbildung der mittelalterlichen Ständeverhältnisse das castrense und quasi castrense peculium selbst ein gar nicht unwichtiger mitwirkender Factor gewesen ist. Da mancher diese allgemein geschichtliche und man darf wohl geradezu sagen: weltgeschichtliche Seite des Institutes leicht noch höher anschlagen möchte, als die streng juristische: so soll es eines der hauptsächlichsten Ziele der nachfolgenden Darstellung sein, auch ihr nach Vermögen und Kräften gerecht zu werden.

Schon gleich in seinem ersten Ursprunge weist das castrense peculium seine enge Verknüpfung mit den allgemeinen staatlichen Verhältnissen auf. Denn seine juristische Absonderung von dem gewöhnlichen peculium war eine Folge der Veränderungen, welche seit Marius in der römischen Heeresverfassung vor sich gegangen waren, und der damit zusammenhängenden Veränderungen, welche unter Cäsar und Augustus in den römischen Staatseinrichtungen vor sich giengen.

In der ältern Zeit war gemäss der Servianischen Verfassung der Kriegsdienst eine Last der besitzenden Bürger gewesen. Jeder Bürger, der in einer der fünf Censusklassen stand, hatte während eines bestimmten Lebensalters die Verpflichtung zu einer gewissen Anzahl von Feldzügen. Diese letztern waren aber Anfangs gewöhnlich nur von kurzer Dauer, und nach der Beendigung des Feldzuges wurde die ausgehobene Mannschaft wieder entlassen, so dass der Krieger sich stets als Bürger fühlte und des bürgerlichen Lebens gewohnt blieb.

Je mehr aber nach und nach die Anforderungen des Kriegsdienstes sich steigerten, um desto schwieriger wurde es, ihnen auf diese verfassungsmässige Weise zu genügen; und selbst die Neuerung, zu der man sich schon frühzeitig (schon vor Polybius) entschloss, den zum Eintritt in das Bürgerheer verpflichtenden

geringsten Vermögensbetrag von 11000 Assen auf 4000 herunter zu setzen, erwies sich auf die Dauer als unzureichend. Denn jenen stetig wachsenden Anforderungen stand nicht ein entsprechendes Wachsthum der dienstfähigen Bürgerschaft gegenüber. Im Gegentheil war schon seit den Zeiten des ersten punischen Krieges der bäuerliche Mittelstand, der bisherige Kern der Heere, in steter und reissender Abnahme begriffen. Der grosse Grundbesitz mit einer ausgedehnten Sklaven- und Geldwirthschaft im Bunde erdrückte und verzehrte rücksichtslos die kleinern Bauergüter, und am Ausgange des zweiten Jahrhunderts v. Chr. bestand die Bürgerschaft fast nur noch aus wenigen unermesslich reichen Familien, welche zugleich alle Aemter und die gesammte Verwaltung des Staates an sich gerissen, und aus der grossen Masse einer gänzlich verarmten und besitzlosen Bevölkerung.

Ein Stehenbleiben bei den alten Einrichtungen war unter diesen Umständen nicht länger möglich, zumal da die Vornehmen und Reichen sich dem Heerdienste mehr und mehr entzogen. Um das Bedürfniss an Kriegsvolk zu decken, blieb nichts übrig, als ein Schritt, den man bisher ängstlich gemieden und nur hie und da vorübergehend in den äussersten Nothlagen gewagt; nämlich die Heranziehung der vermögenslosen Klasse, die, sobald man sie nur zuliess, angelockt durch die Vortheile, welche der römische Kriegsdienst abwarf, sich in Menge freiwillig zu diesem Dienste drängte. Es war Marius, der im J. 107 v. Chr. zuerst diesen folgereichen Schritt wirklich that, indem er einem jeden freigeborenen Bürger ohne Rücksicht auf das Vermögen den Eintritt in das Heer gestattete.

Die bisherige Ordnung der Dienstpflicht war damit an sich nicht aufgehoben. Allein thatsächlich nahmen seitdem die römischen Heere stets ausgeprägter den Charakter geworbener Söldnerheere an. Und da die ungeheure Ausdehnung der Eroberungen in weit entlegenen Gegenden es schon längst unthunlich gemacht hatte, die Legionen der alten Uebung gemäss allemal nach kurzer Zeit wieder zu entlassen: so mussten sich jetzt die Soldaten bei ihrem Eintritte nicht mehr, wie vordem, bloss für den bevorstehenden Feldzug, sondern unbestimmt auf die Dauer einer vollen zwanzigjährigen Dienstzeit verpflichten und wurden

ständig bei den Fahnen gehalten, bis entweder diese Dienstzeit erfüllt oder sonst ein Anlass zu ihrer Verabschiedung gegeben war. Unter Augustus entwickelte sich daraus das System eines förmlichen stehenden Heeres.[2]

Wie vortheilhaft diese Veränderungen aus dem militärischen Standpunkt erscheinen mochten, so gefährlich und verhängnissvoll waren sie in politischer Hinsicht. Sie waren es, welche unmittelbar den Umsturz der alten Verfassung und die Verwandlung des Staates in eine Monarchie herbeiführten. Denn der geworbene Proletarier, den keinerlei Bande an das bürgerliche Leben, keinerlei Interessen an die bestehende Staatsform knüpften, war bereit, einem jeden zu dienen, der ihm Sold und Beute verhiess. Auf den Wink seines Führers, an dessen Erfolge seine eigenen theuersten Hoffnungen hiengen, kehrte er seine Waffen gleich unbedenklich gegen den Bürger, wie gegen den äussern Feind. Und es fehlte in Rom nicht an ehrgeizigen Grossen, nur allzu geneigt, diese Vortheile zu benutzen. So wurde der Streit der hadernden Parteien sehr bald zu einem Kampfe einzelner Machthaber um die Alleinherrschaft. Ihren Heeren hatten es Cäsar und nach ihm Augustus zu verdanken, wenn sie aus diesem Kampf als Sieger hervorgiengen.

Aber auch die Herrschaft der folgenden Kaiser stützte sich an erster Stelle auf die Treue und Ergebenheit des Heeres. Es war daher natürlich und durch die Umstände geboten, dass die Kaiser die Anhänglichkeit der Truppen auf jede Weise zu gewinnen und zu erhalten suchten. Nicht bloss durch beträchtliche Erhöhung des Soldes,[3] durch ansehnliche Geldaustheilungen (donativa) bei den verschiedensten Gelegenheiten und durch Zusicherung einer

2) Wegen dieser Skizze der Geschichte des römischen Heerwesens beziehe ich mich auf Becker-Marquardt, Handbuch der römischen Alterthümer. Thl. III. Abth. 2. (1853.) S. 334 ff., 349; Th. Mommsen, Röm. Geschichte Bd. II. Buch IV. Kap. 6. (2. Aufl. S. 190 ff.)

3) Vor Cäsar betrug die jährliche Löhnung des Legionssoldaten 120 Denare. Cäsar erhöhte sie auf 225, Domitian auf 300 Denare. Noch höher war der Sold der cohortes urbanae und der Prätorianer. Ueberdies wurde den Soldaten in der Kaiserzeit der Nahrungsbedarf unentgeltlich geliefert, und später wurden ihnen auch die Waffen vom Staate gestellt. Vgl. Becker-Marquardt III. 2. S. 76 ff., 415.

Altersversorgung in Geld oder Grundstücken nach vollendeter Dienstzeit, sondern auch durch die freigebigste Ausstattung mit den mannigfaltigsten und werthvollsten Privilegien.[4] So wuchs der Soldatenstand rasch zu dem ersten und bevorzugtesten Stande heran. In vielen und den wichtigsten Stücken über die gewöhnlichen Rechtsregeln erhoben, von fast allen bürgerlichen Diensten und Lasten befreit, sah dieser Stand, der sich als die Kraft und den Arm des Reiches, den Bürgen seiner innern Ordnung und den Wächter seiner Sicherheit nach aussen fühlte, stolz auf das unkriegerische Bürgerthum, die steuerzahlenden privati oder pagani, herab.[5] Als die besondern Diener und Gehülfen des Kaisers, der ihnen den Ehrentitel seiner commilitones gab und sich damit selbst in ihre Reihe stellte,[6] nahmen die Soldaten gewissermaassen Theil an seinem eigenen Glanze und seiner Losgebundenheit von den Gesetzen.[7] Unter

---

4) Die Privilegien der römischen Soldaten sind öfters zusammengestellt. Unter andern von Georgius Acacius Enenkel: De privilegiis militum et militiae libri II et de privilegiis veteranorum liber unus. Francof. 1607.

5) In der spätern Zeit findet man geradezu die Eintheilung der Bevölkerung in collatores oder tributarii und milites, wie z. B. in der L. 2 §. 11 C. de off. Pr. Pr. Afr. 1, 27 von Justinian, oder auch in dantes und accipientes, wie bei Lactant. de morte persecut. c. 7. Vgl. Bethmann-Hollweg, Der röm. Civilprocess. III. S. 21 Note 48.

6) Man vergleiche das in der L. 1 D. de test. mil. 29, 1 mitgetheilte ständige Capitel aus den kaiserlichen Mandaten. Bei den Juristen des Mittelalters hat der darin zweimal auftretende Ausdruck commilitones eine grosse Rolle gespielt. S. auch z. B. noch Lamprid. Alex. c. 53, Capitolin. Maximini c. 18, Gordiani c. 14. In gleicher Weise redet Constantin bei einer mündlichen Verhandlung vom J. 320 die veterani als seine conveterani an: L. 2 Th. C. de veteranis 7, 20.

7) Es ist hier daran zu erinnern, dass die Soldaten seit Augustus ihren Eid persönlich dem Kaiser leisteten. Becker-Marquardt III. 2. S. 349. Wenn man dieses alles beachtet, so wird man unwillkürlich zu einem Vergleiche mit dem deutschen Gefolgschaftswesen geführt. Und in der That liegt dieser Vergleich in jeder Hinsicht viel näher, als man gewöhnlich anzunehmen scheint. Auch wird sich im Verlaufe der Darstellung ergeben, pass man in den germanischen Reichen des beginnenden Mittelalters den Begriff des miles auf die Gefolgsleute, und nur auf sie, anwandte, und dass auf diese Weise der mittelalterliche Begriff des miles als Vasall und

diesen Umständen mussten es die Staatsbeamten, und selbst die höchsten unter ihnen, als eine Ehre betrachten, dass man seit dem 3. Jahrhundert auch auf sie als Organe des Gemeinwesens und Diener des Kaisers den Begriff der milites ausdehnte, ihnen die Abzeichen des Militärstandes, namentlich den Soldatengürtel, beilegte und ihnen an den Privilegien der Soldaten einigen Antheil verstattete. (§. 59.)

Aus dieser Absicht einer reinen Begünstigung sind die meisten der militärischen Privilegien hervorgegangen. Aber doch nicht alle. Denn zu jener Absicht gesellte sich noch eine andere Erwägung, zu welcher die veränderte Gestaltung des Heerwesens drängte, und welche die Entbindung der Soldaten von gewissen Rechtsregeln geradezu als eine Anforderung der Billigkeit erscheinen liess.

Für die geworbenen Soldaten der letzten Zeiten des Freistaates und der Kaiserzeit war der Kriegsdienst ausschliesslicher Lebensberuf; und er sollte es sein. Die Kaiser wachten sorglich darüber, dass durch keinerlei andere Interessen, weder durch diejenigen des Landbaus, noch durch die Befassung mit fremden Angelegenheiten, noch durch das Zusammenleben mit Weib und Kind, die ungetheilte Hingabe an diesen Beruf beeinträchtigt werde.[8] Der Soldat blieb zwanzig Jahre bei den Fahnen.

Ritter mit dem altrömischen zusammenhängt. Schon Kuntze, Excurse über röm. Recht (1869) S. 613 ff. hat auf den Zusammenhang hingewiesen. Und dieser Schriftsteller hat das weitere Verdienst (Excurse S. 585 ff. und Cursus des röm. Rechts §. 927 ff.), auf die innere, bisher nicht genugsam beachtete Verbindung aufmerksam gemacht zu haben, welche zwischen den verschiedenen Privilegien des Soldatenstandes besteht. Nur scheint er mir freilich viel zu weit zu gehen, wenn er die Rechte des Soldatenstandes als ein besonderes Rechtssystem auffasst, welches dem gemeinen Rechte des Bürgerstandes gegenüber gleichsam als die andere Hemisphäre des Reichsrechtes erscheine und in dieser Beziehung gewissermaassen an die Stelle des Peregrinenrechtes getreten sei.

8) Schon vor Severus und Caracalla war es den Soldaten verboten, in der Provinz, in welcher sie standen, Feldgrundstücke anzuschaffen: L. 9, 13 pr., §. 1, 2 D. de re milit. 49, 16, L. 62 D. de cont. emt. 18, 1. Ferner gehört hierher das Verbot der Processführung für andere, es wäre denn für den eigenen Truppenkörper: L. 8 §. 2, L. 54 pr. D. de proc. 3, 3, L. 7, 13 C. eod. 2, 13. Noch weiter gieng später eine Verordnung des



Selbst die Zeit des Friedens wurde vollständig ausgefüllt durch kriegerische Uebungen oder öffentliche Arbeiten. Dazu kam, dass die Truppen ihre Standlager grösstentheils in entlegenen Provinzen hatten und ihren Ersatz anfänglich aus den untersten und ungebildetsten Volksschichten, späterhin beinahe nur noch aus den Provinzen bezogen.[9]

Von solcherlei Berufssoldaten konnte man mit Fug die Rechtskenntniss nicht mehr verlangen, die man im allgemeinen von jedem Bürger verlangte, und die man daher auch bei dem ausgehobenen Bürgersoldaten der alten Zeit vorausgesetzt hatte. Bestand doch in der That kein Grund, für diesen eine Ausnahme zu machen. Denn in der Regel kehrte er ja nach kurzer Weile wieder zu dem bürgerlichen Leben und dem bürgerlichen Geschäftsverkehr zurück. Auch konnte es ihm in seinen Reihen nicht an Rechtskundigen fehlen, bei denen er nöthigenfalls Rath und Hülfe fand. Anders bei jenen Berufssoldaten. Ihre einzige Wissenschaft war der Krieg, und von bürgerlichen Geschäften wurden sie geflissentlich möglichst fern gehalten. Sie hatten daher weder Gelegenheit, selbst das Recht kennen zu lernen, noch auch konnten sie in ihren fernen Standquartieren so, wie in Rom, auf die stete bereitwillige Hülfe der Juristen rechnen. Dem gegenüber wäre es eine unbillige Härte gewesen, auch von ihnen eine genaue Beobachtung der Rechtsregeln zu fordern und an die Nichtbeobachtung die gewöhnlichen strengen Folgen zu knüpfen.[10] Und es war völlig gerechtfertigt, wenn die Kaiser die Rechtsunkenntniss bei den Soldaten entschuldigten und ihnen

Kaisers Leo vom J. 458: L. 31 C. de locato 4, 65 verbunden mit L. 15 C. de re milit. 12, 36. Endlich durften bis auf Severus Alexander die Soldaten ihre Weiber nicht mit sich führen, und waren daher überhaupt selten verheirathet. S. Walter, Geschichte des röm. Rechts. 3. Aufl. §. 342.

9) Ueber alles dieses vergleiche man Becker-Marquardt III. 2. S. 336 ff., 350 ff., 415 ff., 433 ff.

10) Vgl. L. 9 §. 3 D. de iuris et facti ign. 22, 6: Sed iuris ignorantiam non prodesse, Labeo ita accipiendum existimat, *si iurisconsulti copiam haberet vel sua prudentia instructus sit*, ut, cui facile sit scire, ei detrimento sit iuris ignorantia. S. auch Jhering, Geist des röm. Rechts. II. §. 42. (2. Aufl. S. 401 fg.)

gegen die Nachtheile, welche dadurch an sich hätten entstehen müssen, Schutz gewährten.[11]

Das älteste und wichtigste Privileg aber, welches in dieser Rücksicht wurzelte,[12] war die bekannte Entbindung der Soldaten von den gewöhnlichen Rechtsvorschriften bei der Errichtung ihrer Testamente. Unter der Herrschaft eines Rechtes, welches den entferntesten Agnaten und selbst die Gentilen allen und auch den allernächsten Blutsverwandten, den Kindern einer Tochter oder Schwester, ja sogar der eigenen Mutter, in der Erbfolge vorgehen liess und den Blutsverwandten überhaupt erst allmählich durch Vermittelung des prätorischen Edictes einen Anspruch auf die Erbschaft gewährte, musste es für den römischen Bürger eines der ernstesten und obersten Anliegen sein, nicht ohne letzten Willen aus der Welt zu scheiden, und es gehörte zu den drei Dingen, die Cato in seinem Leben bereut zu haben bekannte, dass er einen Tag ohne Testament

---

11) In der L. 9 §. 1 D. de iuris et facti ign. 22, 6 wird allgemein ausgesprochen, dass ein miles per constitutiones principales ius ignorare potest. Anwendungen finden sich nicht bloss in dieser Stelle, sondern auch in der L. 1 C. de iur. et facti ign. 1, 18 (a. 212), in der L. 5 C. de his qui sibi adscrib. 9, 23 (a. 225) und in der L. 22 pr., §. 15 C. de iure delib. 6, 30 vgl. §. 5 I. de hered. qual. 2, 19. Für eine von Gordian herrührende Bestimmung dieser Art giebt Justinian in der L. 22 pr. cit. ausdrücklich den Grund an: Arma etenim magis, quam iura scire milites sacratissimus legislator existimavit. Und damit im Einklange wird als Grund in dem §. 15 h. l. die simplicitas der milites, in der L. 1 C. cit. die simplicitas armatae militiae genannt. — Man kann schon hier bemerken, dass die Privilegien der Soldaten zu einem Theil besondere Auszeichnungen und Ehrenrechte waren, wie z. B. die Befreiung von der Folter und schimpflichen Strafen, das allgemeine beneficium competentiae u. dergl., zu einem Theil aber auf der Vermuthung der Rechtsunkenntniss beruhten und insofern nur eine billige Ausgleichung herstellen sollten. Diese Unterscheidung ist im Mittelalter von grosser Wichtigkeit geworden.

12) Nach der ausdrücklichen Angabe in dem Capitel der Mandate, worauf seit Trajan das Privileg beruhte. S. L. 1 D. de test. mil. 29, 1 verb.: simplicitati eorum consulendum existimavi. Vgl. auch noch Gai. II. 109, 114 und pr. I. de milit. test. 2, 11: propter nimiam imperitiam, L. 40 D. de administ. et peric. tut. 26, 7, L. 3 C. de test. mil. 6, 21. Savigny, System des röm. Rechts, III. S. 438.

gewesen.[13] Nimmt man die vielen Vorsichtsmaassregeln, die mancherlei fein zugespitzten Formen hinzu, an deren Beobachtung die Gültigkeit der Testamente hieng, so erklärt sich leicht, wie gerade auf diesem Punkte das Bedürfniss einer Hülfe am ehesten fühlbar wurde.

Nach dem Bericht Ulpian's in der L. 1 D. de test. mil. 29, 1 sprach daher schon Julius Cäsar die letztwilligen Verfügungen der Soldaten von den gemeinen Rechtsregeln los. Wie weit diese Befreiung gieng, ist uns unbekannt; und eben so wenig kennen wir die Form, deren sich ihr Urheber bei ihrer Einführung bediente. Wir wissen aus dem nämlichen Berichte nur, dass das Privileg zunächst eine bloss vorübergehende Dauer hatte, denn Ulpian erklärt ausdrücklich: sed ea concessio temporalis erat. Ob dieses so zu verstehen, wie es die Worte am nächsten legen, dass die Verwilligung von vornherein nur als eine vorübergehende gemeint gewesen, oder ob man es mit Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Commentar XLII. S. 26 vielmehr dahin zu deuten habe, dass die Verordnung als eine blosse Regierungsverfügung mit Cäsar's Tod ihre Kraft verloren: diese Frage kann füglich unentschieden bleiben. Denn das einzige, worauf es ankommt, dass bis zu seiner Wiederaufnahme durch Titus das Privileg weder unter Augustus noch unter einem der folgenden Kaiser bestanden hat, geht ohnehin klar genug aus Ulpian's weiterer Erzählung hervor. Die freie Testamentserrichtung, sagt er, welche zuerst Julius Cäsar den Soldaten gegeben, aber nur als eine vorübergehende Verwilligung, habe nachher als der erste Titus gegeben. Nach ihm Domitian. Dann habe sie Nerva erneuert und noch erweitert. Ihm sei auch Trajan gefolgt, und seitdem habe diese Vergünstigung ein stehendes Capitel in den Mandaten ausgemacht. Diese Erzählung zwingt zu der Annahme, dass das Privileg in den mehr als hundert Jahren zwischen Cäsar und Titus nicht in Geltung gewesen, und sie verwehrt selbst den Gedanken, dass es doch etwa unter Augustus noch möchte fortgegolten haben. Denn sie zeigt, dass es

13) Th. Mommsen, Röm. Geschichte Bd. I. Buch III. Kap. 12. (2. Aufl. S. 826).

erst seit Trajan als etwas so feststehendes angesehen ward, dass die ständige Wiederholung unter den spätern Kaisern nicht mehr in Ansehung eines jeden einer besondern Erwähnung bedurfte. Und da Ulpian es nicht für überflüssig hält, für jeden der Kaiser Titus, Domitian, Nerva und Trajan besonders und ausdrücklich die geschehene Erneuerung des Privilegs zu bemerken, obwohl diese Kaiser unmittelbar auf einander folgten: so würde er ganz sicherlich auch die Nennung des Augustus nicht unterlassen haben, gesetzt dass das Privileg auch von ihm anerkannt worden und auch unter seiner Regierung in Kraft gewesen wäre. Nun nennt er aber nicht allein den Augustus nicht, sondern er sagt im Gegentheil mit unzweideutiger Bestimmtheit, dass nach Cäsar zuerst Titus das Privileg wieder aufgenommen.

§. 2.

Mit diesem Ergebnisse scheint aber eine grosse Schwierigkeit zu entstehen gegenüber einer andern Verordnung, welche in zwei verschiedenen Stellen übereinstimmend dem Augustus zugeschrieben wird, und die hier darum von einer ganz besondern Wichtigkeit ist, weil durch sie zuerst eine juristische Trennung des castrense peculium von dem gewöhnlichen peculium geschah und somit jenes als ein selbständiger Rechtsbegriff zum ersten Dasein gelangte. Augustus gab nämlich den Soldaten, welche noch unter väterlicher Gewalt standen, und denen deswegen die gemeinen Rechtsregeln jede Fähigkeit zu einer letztwilligen Verfügung versagten, die Erlaubniss, wenigstens über den im Heerdienst (in castris) gemachten Erwerb, ihr so genanntes castrense peculium, ein gültiges Testament aufzurichten. So berichtet das pr. I. quib. non est permiss. 2, 12 mit den Worten:

> militibus, qui in potestate parentum sunt, — — de eo, quod in castris acquisierint, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere; quod quidem ius initio tantum militantibus datum est, tam ex auctoritate *divi Augusti*, quam Nervae, nec non optimi imperatoris Traiani; postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est.

Und fast gleichlautend ist der Bericht in den sog. Fragmenten Ulpian's XX, 10:

Filius familiae testamentum facere non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo possit. Sed *divus Augustus* [Marcus] constituit, ut filius familiae miles de eo peculio, quod in castris adquisivit, testamentum facere possit.

Trotz des eingeklammerten Wortes Marcus, welches sich in der Handschrift findet, dürfen wir keinerlei Bedenken tragen, auch diese Stelle auf den Augustus zu beziehen. Denn es ist klar, dass in diesem Wort ein Fehler stecken muss, und dass Ulpian nicht so geschrieben haben kann. Um sich hievon zu überzeugen, genügt von allem andern abgesehen schon eines. Nämlich die Erwägung der Ausdehnung, welche laut der vorigen Stelle bereits Hadrian dem Privileg auf die veterani gegeben. Wie hätte nachher Marcus dazu kommen sollen, das Privileg erst noch dem filiusfamilias miles zu verwilligen, oder auch nur diese Verwilligung früherer Kaiser in der Beschränkung auf den miles ohne gleichzeitige Erwähnung des veteranus noch einmal besonders zu bestätigen! Zu seiner Zeit stand die Testierbefugniss des Haussohns über sein castrense peculium, und zwar als miles wie als veteranus, längst zweifellos fest, und es handelte sich, wie wir sehen werden, um ganz andere Fragen. Namentlich um die Frage, ob der Gewalthaber oder der Haussohn als der Eigenthümer der zu diesem peculium gehörigen Sachen zu betrachten.

Mit der Feststellung, dass Ulpian hier von Augustus, und nicht von Marcus geredet, könnte ich mich für meine Zwecke begnügen. Die andere Frage, durch welches Wort etwa „Marcus“ zu ersetzen sein möchte, hat für sie nur eine untergeordnete Bedeutung. Soll ich indessen auch hierüber meine Meinung äussern, so will ich nicht verschweigen, dass mir bei weitem am meisten eine, später freilich von ihrem eigenen Urheber wieder aufgegebene, Vermuthung Schilling's zusagt, wonach statt „marcus“ zu lesen wäre „mandatis“.[1] Die innere Wahrschein-

1) Schilling, Animadversionum criticarum ad Ulpiani fragmenta spec. IV. p. 16.

lichkeit dieser Lesart muss von selbst einleuchten bei einem Blick auf das nahe verwandte Testierprivileg der Soldaten überhaupt, von dem wir ja mit Bestimmtheit wissen, dass es mindestens seit Trajan, und gewiss auch schon seit Titus, seine Quelle in den kaiserlichen Mandaten hatte. Die Entstehung von marcus aus mandatis erkläre ich mir aber sehr einfach daraus, dass in der Handschrift, aus welcher der Abschreiber, oder vielleicht auch schon der Verfasser des Auszuges schöpfte, statt MANDATIS mit einer sehr gebräuchlichen Sigle und so, wie in der Handschrift des Gaius S. 169 Z. 23, 24, S. 170 Z. 11, 12, 19 u. 20, S. 220 Z. 20, 22, MDATIS gestanden,[2] und dass jener aus Missverständniss dieser Sigle hierunter den Namen eines Kaisers vermuthet habe. Von diesem Ausgangspunkte aus konnte er dann gar nicht anders, als auf Marcus gerathen.[3]

---

2) Man vergleiche das Siglenverzeichniss in der Ausgabe des Gaius von Göschen und Lachmann (Berol. 1842 p. 461) und Böcking's Apographum Codicis Veronensis (Lips. 1866) p. 169, 170, 220. Auch die Form M̄DATUM ist nicht selten. S. die Handschrift des Gaius S. 170 Z. 1, 3, 9 und des sog. fragmentum de iure fisci fol. II. col. III. v. 19 (Anhang zu Böcking's Apographum).

3) Will man sich zu der Vermuthung herbeilassen, die doch gar nichts unwahrscheinliches haben kann, dass die Handschrift, aus der das Missverständniss entsprungen, und welche ja ganz leicht sogar schon Ulpian's Originalhandschrift gewesen sein könnte, — dass diese Handschrift in der nämlichen Cursivschrift, wie die Siebenbürgischen Wachstafeln aus dem 2. Jahrhundert, geschrieben gewesen: so erscheint die Verwechslung von MDATIS und MARCUS noch um vieles begreiflicher. Denn man darf sich nur aus dem in dem Jahrbuche des gem. deut. Rechts von Bekker, Muther und Stobbe Bd. IV. mitgetheilten Alphabete dieser Schrift MDATIS und MARCUS zusammensetzen, um sofort die ausserordentliche Aehnlichkeit und die leichte Möglichkeit einer Verwechslung zu erkennen. Ich verweise wegen dieser Cursivschrift auch auf die Bemerkungen von Jaffé ebendas. S. 415 fg. Es geht daraus hervor, dass die Verwendung dieser Schrift nicht etwa eine Seltenheit, sondern dass vielmehr gerade sie es war, welche in der damaligen Zeit dem täglichen Gebrauche diente. — Zahlreiche andere Besserungsvorschläge sind verzeichnet bei Schilling l. c. p. 13 sqq. und in Böcking's Ausgabe des Ulpian in der Note zu der Stelle. Aus neuester Zeit kann noch beigefügt werden der Vorschlag von Röder, Versuche der Berichtigung von Ulpiani fragmenta (1856) S. 69 fg., wonach statt Marcus gesetzt werden soll militiae causa, die Vermuthung von

Doch wie dem immer sei: jedenfalls lässt sich Angesichts der beiden Stellen nicht bezweifeln, dass das Privileg der Haussöhne, während ihres Soldatenstandes über ihr castrense peculium zu testieren, erst von Augustus herrühre. Nun scheint aber dieses Privileg mit den allgemeinen Testamentsprivilegien der Soldaten überhaupt in dem engsten Zusammenhange zu stehen; ja es scheint sogar nur eine einzelne besondere Anwendung dieser Privilegien zu enthalten. Dennoch hätten, wie wir oben aus der L. 1 D. de test. mil. 29, 1 gefolgert, jene allgemeinen Privilegien unter Augustus gar nicht bestanden. Wie ist aus dieser Schwierigkeit herauszukommen?

Der Versuche sind verschiedene gemacht worden. Am meisten ansprechendes hat darunter auf den ersten Blick die Annahme, der ich selbst früher in meiner Schrift über den Begriff der Rückziehung S. 10 Anm. 9 mich angeschlossen, dass in der L. 1 D. cit. unter Divus Iulius Caesar gar nicht der göttliche Julius gemeint sei, der durch die Dolche des Brutus und Cassius gefallen, sondern vielmehr sein Grossneffe Octavian, welcher als sein Adoptivsohn ja gleichfalls den Namen Iulius Caesar geführt. Hiemit würden die beiden Privilegien den gleichen Urheber erhalten, und alle Schwierigkeit wäre verschwunden.[4] Allein sieht man genauer zu, so muss man sich überzeugen, dass diese Auskunft nicht statthaft ist. Denn bei den römischen Schriftstellern geht, wie unzählige Stellen beweisen, der Ausdruck Divus Iulius niemals auf den Augustus, der immer nur Divus Augustus genannt wird, sondern überall bloss auf den Cäsar. Und sollte auch einmal vereinzeit eine Ausnahme anzutreffen sein, was ich gestützt auf zahlreiches Nachschlagen bezweifeln möchte,

---

Vahlen in seiner Ausgabe des Ulpian (1856), dass zwischen Augustus und Marcus vielleicht eine ganze Zeile ausgefallen sei, und dass die Stelle etwa so gelautet haben möchte: divus Augustus | olim aliique, et postremo divus | Marcus, endlich die Emendation Huschke's, der in seiner Iurisprudentia anteiustiniana das anstössige „marcus“ in „moribus“ verändert.

4) Unter den Frühern wählen diesen Ausweg z. B. Eguin. Baro, Comm. in Instit. tit. quib. non est perm. ad verba „ab initio“, und Heineccius, Antiquit. rom. II. 9 nr. II. und Elementa iur. civ. sec. ord. Inst. II. 9 §. 474.

so würde sie jedenfalls zu den alleräussersten Seltenheiten gehören. Es ist aber gewiss nicht glaublich, dass ein Jurist an einem Orte, wo es gerade auf genaue Bezeichnung ankam, sich statt der allgemein üblichen einer nur so äusserst seltenen und ungewöhnlichen Sprechweise bedient haben sollte; noch dazu, wenn er sich, wie hier, zum voraus sagen musste, dass sie seinen Leser fast mit unbedingter Nothwendigkeit zu einer Verwechslung verleiten würde.

Da der Weg nach dieser Richtung nicht gangbar ist, so haben viele die gerade umgekehrte eingeschlagen und beiderlei Privilegien dem Julius Cäsar zugeschrieben.[5] Ich brauche über die Unzulässigkeit dieses Verfahrens kein Wort zu verlieren.

Eine dritte Partei lässt die Testierbefugniss der gewaltuntergebenen Soldaten über ihr castrense peculium ohne weiteres durch die Ertheilung des allgemeinen militärischen Testierprivilegs unter Julius Cäsar entstehen und von Augustus nur wiederholt und noch besonders anerkannt werden.[6] Dieser Vereini-

---

5) So Everard. Otto ad Inst. (praef. d. a. 1728). Lib. II. cap. IX. not. 5. Ferner *Nicolai Hieronymi Gundlingii* Gründlicher *Discours* über die *Institutiones Justiniani.* Zweyte verbesserte Auflage. Frankfurt a/M. *anno* 1733. *Lib. II. tit. X. per quas pers.* §. *1.* „*Julius Caesar* suchte die Soldaten, denen er allerhand *douceur* machte, *ut sibi assisterent*, gross zu machen und führte die *peculia castrensia* ein. Des *Julii Caesaris* Nachfolger, der *Augustus*, behielte die *peculia* bey und *post eum Titus*, *Domitianus*, *Nerva*, *Trajanus.*" Die Stelle ist ein anschaulicher Beleg nicht bloss für die am Anfange des vorigen Jahrhunderts herrschende stilistische Geschmacklosigkeit, sondern auch für die unglaubliche Leichtfertigkeit, mit der man damals unter dem Aushängeschilde der Gründlichkeit sich nicht scheute, unsere Wissenschaft zu behandeln. Und dass es in dem letzten Stücke gegen Ende des Jahrhunderts noch nicht viel besser stand, beweisen Pufendorf, Observationes iuris universi. Tom. IV. obs. 153 §. XIV, XV und Höpfner, Commentar über die Institutionen. 5. Aufl. (1795) §. 426 Anm. 1, bei denen sich eine noch unrichtigere Darstellung findet. Nicht einmal die Reihenfolge der Kaiser wird von Höpfner richtig angegeben.

6) Kleinschrod, De iure filiif. disponendi de peculiis. (Wirceb. 1784) p. 5 sq., Schrader ad §. 1 I. per quas pers. 2, 9 verb. „exceptis .. castrensibus peculiis". Zu dem princ. I. quib. non est perm. 2, 12 ad v. „Augusti" giebt Schrader dieser Ansicht die etwas abweichende Wendung,



gungsversuch scheitert aber an dem klaren Wortlaute der sämmtlichen zu vereinigenden Stellen, insbesondere an der L. 1 D. de test. mil. 29, 1, wonach ein allgemeines Testierprivileg der Soldaten unter Augustus gar nicht bestanden hat.

Daher haben manche lieber jede Vereinigung aufgegeben und einen wahren Widerstreit angenommen zwischen der Angabe der L. 1 D. cit. einerseits und derjenigen der beiden andern Stellen (pr. I. qu. non est perm. 2, 12 und Ulp. XX, 10) andererseits.[7]

Ist denn aber wirklich ein Widerspruch vorhanden? Und muss denn um jeden Preis an einem bedingenden Zusammenhange zwischen dem Testierprivileg der Soldaten überhaupt und der Testierbefugniss der Haussöhne als Soldaten über das castrense peculium festgehalten werden? Je mehr ich der Frage nachgedacht, um desto weniger habe ich eine solche Nothwendigkeit einsehen können. Wenn die Soldaten für ihre Testamente von der Beobachtung der gemeinen Rechtsregeln befreit wurden, so floss daraus doch noch gar nicht ohne weiteres für die Haussöhne unter ihnen die Möglichkeit einer letztwilligen Verordnung. Denn sie waren ja nicht bloss durch den Mangel an Rechtskunde und durch Schwierigkeiten behindert, über welche der Beistand eines Juristen hinweg geholfen, sondern ihnen lag vor allen Dingen der Umstand hinderlich im Wege, dass sie dem Rechte nach nichts eigenes hatten, worüber sie hätten verfügen können. Und dieser Mangel wurde durch jenes allgemeine Testierprivileg offensichtlich noch nicht gehoben.[8] Es bedurfte daher unter allen Umständen eines weitern, eigenen Privilegs, um ihnen über ihre Erwerbungen im Heerdienste die Testierfähigkeit zu

---

dass das von Julius Cäsar eingeführte militärische Testierprivilegium von Augustus auf die filiifamilias milites ausgedehnt worden sei.

7) Vgl. z. B. Vinnius ad pr. I. quib. non est perm. 2, 12 verb. „quod ius ab initio tantum militantibus“: Refert Imperator, quibus gradibus ad summum eius iuris, quod filiifam. in castrensibus habent, perventum est. Initium eius *Augusto* tribuit (Ulpianus *Iulio*: L. 1 de test. mil.) rel.

8) Noch in späterer Zeit wird von Juristen und von Kaisern ausgesprochen, dass das Privileg der Soldaten nicht so weit reiche, um auch in fremde Berechtigungen eingreifen zu dürfen: L. 28 D. de test. mil. 29, 1, L. 40 D. de adm. et peric. 26, 7.

verschaffen. Und die Einführung dieses Privilegs lässt sich recht gut völlig getrennt denken von jenem allgemeinen militärischen Testierprivileg. Oder warum hätte Augustus nicht seine Gründe haben können, den Haussöhnen als Soldaten die letztwillige Verfügung über ihr castrense peculium zu gestatten, ob sie dann gleich bei der Benützung dieser Vergünstigung den gewöhnlichen Regeln des gemeinen Rechtes folgen mussten? War dieses doch ganz das nämliche, was seit Hadrian unzweifelhaft in Ansehung der gewaltunterworfenen veterani galt. Man wird auch nirgends finden, dass einer der klassischen Juristen die beiden Privilegien in einen innern Zusammenhang gebracht und das eine aus dem andern abgeleitet hätte. Dass sie aber in einer, wie wir mit voller Sicherheit nachzuweisen vermögen, erst aus der Zeit Justinian's herrührenden Institutionenstelle, nämlich in dem letzten Satze des pr. I. de milit. test. 2, 11, einmal beiläufig in eine Verbindung gesetzt werden, ist, selbst abgesehen von der naheliegenden Möglichkeit eines rechtsgeschichtlichen Irrthums, in Rücksicht auf den Gedankengang der Stelle sicherlich kein Umstand, der bei dieser Frage irgend ins Gewicht fallen könnte.

Es muss also anerkannt werden, dass Augustus die Testierbefugniss der gewaltunterworfenen Soldaten über ihr castrense peculium selbständig und unabhängig von den erst lange nach ihm wieder erneuerten allgemeinen militärischen Testierprivilegien eingeführt hat. Nach einer gegenwärtig nicht ganz seltenen Muthmaassung hätte er sich dabei aber wenigstens durch eine bereits bestehende Gewohnheit leiten lassen. Gründe hiefür sind freilich nicht beigebracht; und so ist eine Widerlegung weder möglich, noch erforderlich. Ich begnüge mich mit der Bemerkung, dass mir aus allgemeinen geschichtlichen und rechtsgeschichtlichen Rücksichten die Annahme einer solchen Gewohnheit überaus unwahrscheinlich dünkt, und auf alle Fälle ungleich unwahrscheinlicher, als dasjenige, was allein quellenmässig beglaubigt ist, nämlich die Durchbrechung des alten Rechtssystems durch einen Act der kaiserlichen Vollgewalt.[9]

---

9) Diese völlig haltlose Hypothese geht, so viel ich sehe, zurück auf Rau, Historia iuris civilis de peculiis §. VII (p. 19 sq.) und ist auf-

Zur Rechtfertigung desselben wird sich sein Urheber, falls er sich überhaupt zu einer Rechtfertigung herbeiliess, vermuthlich auf die Billigkeit berufen haben, welche es erheische, dass der Haussohn über das, was er im Kriegsdienst und also mit steter Einsetzung seines Leibes und Lebens erworben, auch müsse letztwillig verfügen dürfen. Der wahre und eigentliche Grund war aber ohne Zweifel ein ganz anderer, ein politischer; nämlich die zwiefache Absicht, erstens die im Heere dienenden Haussöhne durch eine Vergünstigung zu gewinnen, zweitens sie von ihren Gewalthabern unabhängiger und dadurch zu desto brauchbarern Werkzeugen für die Zwecke des Kaisers zu machen. Und wir gehen schwerlich fehl, wenn wir diese Maassregel in eine nahe Beziehung bringen mit einer andern, offensichtlich das gleiche Ziel verfolgenden. Ich meine das in der L. 26 D. de lib. et post. 28, 2 erwähnte Edict des Augustus, dass niemand seinen Haussohn, welcher Soldat sei, exheredieren dürfe, eine Verordnung, deren Sinn und genauerer Inhalt wohl nur der gewesen sein kann, dass einem solchen Haussohne allemal mindestens sein Intestaterbtheil zukommen müsse. Durch die beiden Privilegien zusammen war aber der Haussohn als Soldat nicht allein unabhängig von seinem Gewalthaber geworden, sondern noch mehr: den bestehenden thatsächlichen Verhältnissen nach war letzterer sogar in eine Abhängigkeit von seinem Haussohne gerathen. Denn wegen der häufigen und reichlichen Donative, von denen stets die Hälfte in der Sparkasse der Cohorte niedergelegt und so für jeden Soldaten ein Capital gesammelt wurde, über das er erst bei seiner Entlassung freie Verfügung erhielt, musste das castrense peculium regelmässig von nicht unerheblichem Betrage sein.[10] Mindestens von einem Betrage,

---

genommen z. B. von Eichmann, Erklärungen des bürgerlichen Rechts III. (1784) S. 126, von Mühlenbruch in dem Archiv für civilist. Praxis XVII. S. 341, von Göschen, Vorlesungen über das gem. Civilrecht §. 727 und von C. O. Müller, Lehrb. der Institutionen S. 646.

10) Ueber die hier berührte Einrichtung vergleiche man Vegetius de re milit. II, 20; Becker-Marquardt III. 2. S. 429 fg. S. auch Sueton. Domit. c. 7. Das so aufgesammelte Capital hiess, wie die Stelle des Vegetius ergiebt, bei gewaltfreien sowohl, als gewaltunterthänigen Soldaten

dass es in den Volksschichten, aus denen damals das Heer sich ergänzte, dem Gewalthaber gar nicht gleichgültig sein konnte, ob dieses Vermögen bei dem Tode des Haussohnes an ihn oder an einen andern gelangte. Er musste daher ängstlich alles vermeiden, was den Sohn gegen ihn hätte verstimmen oder aufbringen und dadurch zur Erbeinsetzung eines andern hätte bewegen können.[11]

---

das *castrense peculium*. Und dieser Sprachgebrauch wird bestätigt durch Paul. Sent. V, 9 §. 4, fragm. de iure fisci §. 10, Hieronymus in epist. LX. ad Heliodor. (Epitaph. Nepotiani) nr. 10 (S. unten §. 60 Anm. 8), L. 37 §. 1 C. de inoff. test. 3, 28 (Iust.). Vgl. auch noch Orelli Inscript. lat. nr. 3553 (Vol. II. p. 121). An dieses Capital hat Augustus, als er den gewaltunterworfenen Soldaten die letztwillige Verfügung über ihren bei den Fahnen gemachten Erwerb gestattete, ohne Zweifel in erster Reihe gedacht. Und sehr wohl möglich, dass davon und nicht von dem gewöhnlichen peculium der Sklaven und Kinder die Benennung unseres Institutes ausgegangen ist. Freilich könnte das Verhältniss auch das gerade umgekehrte sein.

11) Auf die thatsächliche Unabhängigkeit des Haussohnes als Soldaten von der väterlichen Gewalt wird von Papinian in der L. 23 §. 2 D. de fideic. lib. 40, 5 hingedeutet, indem er von zwei Brüdern und Haussöhnen den einen, der nicht Soldat geworden, im Gegensatze zu dem andern, der Soldat geworden, als frater, qui mansit in potestate bezeichnet. — Täusche ich mich nicht und lese ich nicht allzu viel zwischen den Zeilen, so wird alles, was ich über die Gründe und die praktische Wirkung des den filiifamilias milites von Augustus verliehenen Privileges gesagt, beglaubigt durch die sechszehnte Satire des Juvenal, oder wer sonst ihr Verfasser sein mag, v. 51 sqq.:

Solis praeterea testandi militibus ius
Vivo patre datur; nam *quae sunt parta labore*
Militiae, placuit non esse in corpore census,
Omne tenet cuius regimen pater. Ergo Coranum,
Signorum comitem castrorumque aera merentem,
Quamvis iam tremulus, *captat pater*. Hunc labor (al. favor) aequus
Provehit et pulchro reddit sua dona labori.
Ipsius certe ducis hoc referre videtur,
Ut, qui fortis erit, sit felicissimus idem,
Ut laeti phaleris omnes et torquibus omnes.

In den Worten quae sunt parta labore militiae scheint eine Anspielung auf den ostensibeln Grund der Maassregel zu liegen. In der Einführung des erbschleichenden Vaters dagegen und in den Schlussbemerkungen werden die wirklichen Gründe und die thatsächliche Wirkung angedeutet.

Danach hätte denn also der Erfolg, welchen das castrense peculium mehr und mehr nach sich zog, eine Lockerung des Bandes der väterlichen Gewalt auf seiner vermögensrechtlichen Seite, dem Augustus von vornherein mit staatskluger Berechnung vorgeschwebt. Und die öfters gemachte Beobachtung, dass mit der Abnahme der Freiheit in dem Staate die Freiheit in der Familie wuchs, würde sich auf einen ganz unmittelbaren ursächlichen Zusammenhang zurückführen.

Zunächst scheint indessen dieses Privileg von eben so vorübergehendem Bestande gewesen zu sein, als das allgemeine Testierprivileg der Soldaten überhaupt. Wenigstens deutet darauf der Umstand, dass in dem princ. I. quib. non est perm. 2, 12 ausser dem Augustus auch Nerva und Trajan als Begründer desselben genannt werden. Und nimmt man in Gemässheit der oben für Ulp. XX, 10 vorgeschlagenen Emendation seine Einführung durch die Mandate an, so kann ja auch gar nichts besonders unwahrscheinliches darin liegen, dass es vorerst mit dem Tode des Augustus wieder eingegangen, indem es Tiberius in die Mandate nicht aufnehmen lassen. In Verbindung und aus Anlass der Erweiterung der allgemeinen militärischen Testamentsprivilegien (S. 10) werden es dann Nerva und Trajan wieder hereingesetzt haben; und so wäre es denn gleich diesen allgemeinen Privilegien erst am Ende des ersten Jahrhunderts ein bleibendes Rechtsinstitut geworden und dem Bewusstsein des Volkes und der Juristen als ein solches erschienen. Dafür spricht auch, was die Anschauung der Juristen betrifft, dass das castrense peculium vor dem Beginne des zweiten Jahrhunderts von Seite der schriftstellerischen Bearbeitung noch keine Beachtung erfahren zu haben scheint, da die ältesten von ihm handelnden und uns bekannten Stellen nicht über Hadrian zurückgehen,[12] und,

12) Diese ältesten Stellen sind nämlich von Julian und Pomponius und finden sich in der L. 22 D. de bonis lib. 38, 2 und der L. 15 D. de mort. c. don. 39, 6: Iulianus lib. XXVII. Digestorum, ferner in der L. 10 D. de cast. pec. 49, 17: Pomponius lib. sing. Regularum und in der L. 10 pr. D. ad SC. Tertull. 38, 17: Pomponius lib. II. Senatusconsultorum. Es könnte freilich Zufall sein, dass Stellen aus früherer Zeit nicht auf uns gekommen, obwohl mir dünkt, dass bei den zahlrei-

soviel das Volksbewusstsein anlangt, die in der Anmerkung 11 angeführte Stelle des Juvenal.[13]

Nicht bloss hatte aber jetzt das Privileg sich zu bleibender Dauer befestigt, sondern es erhielt auch sehr bald eine wichtige und für die fernere Fortentwickelung des Institutes höchst folgenreiche Erweiterung. Sie war das Werk Hadrian's, dessen vielgeschäftiger Thätigkeit wir in dem Gebiete des castrense peculium noch mehrfach begegnen werden. Dieser Kaiser, der überhaupt, während er auf der einen Seite hohe Anforderungen an seine Truppen stellte und mit fester Hand die Mannszucht aufrecht hielt, auf der andern mit Gunstbezeugungen, welche der kriegerischen Haltung keinen Abtrag thaten, gegen die Soldaten nicht karg war,[14] verordnete nämlich durch ein Rescript, dass die Testierbefugniss über das castrense peculium auch nach

---

chen Schwierigkeiten und Streitfragen, welche dieses Institut hervorrief, gerade hier öfter, als bei vielen andern Instituten, Veranlassung und Bedürfniss einer Heranziehung der Meinung älterer Schriftsteller hätte vorhanden sein müssen. Jedenfalls ist die Thatsache bemerkenswerth, und die Verbindung mit den im Text erwähnten Umständen dürfte ihr sogar ein nicht unerhebliches Gewicht geben. Beiläufig will ich noch bemerken, dass die ältesten Spuren schriftstellerischer Bearbeitung der allgemeinen militärischen Testierprivilegien gleichfalls erst aus der nämlichen Zeit herstammen. Die frühesten Juristen, von denen wir Aussprüche darüber finden, sind nämlich wiederum Julian: L. 20 D. de test. mil. 29, 1 (Iul. lib. XXVII. Dig.), L. 17 §. 1 D. eod., und Pomponius: L. 3 D. eod.

13) Sollte die 16. Satire echt sein, so wäre sie schon aus diesem Grunde in die Zeit des Trajan oder Hadrian zu setzen, da Juvenal seine Satiren nach Domitian's Tode und zum Theil noch unter Hadrian schrieb. (Bernhardy, Grundriss der röm. Literatur, 4. Bearbeitung S. 608 fg., 616 fg.). Ist sie unecht, so kann sie immerhin spätestens unter Hadrian geschrieben sein, weil der Inhalt zeigt, dass zur Zeit ihrer Abfassung die von diesem Kaiser gemachte Ausdehnung der Testierbefugniss über das castrense peculium auf die veterani noch nicht bestand. Ganz ungegründet ist daher die Vermuthung Gibbon's, History of the decline and fall of the Roman Empire. Chapt. 5, not. 64, dass diese Satire wohl erst unter der Regierung des Severus oder seines Sohnes verfasst sein möge.

14) Spartian. Hadrian. c. 10, 22 und c. 21 verb.: A militibus propter curam exercitus nimie multum amatus est, simul *quod in eos liberalissimus fuit.*

ehrenhafter Verabschiedung vom Kriegsdienste zu Gunsten des veteranus fortbestehen solle.[15]

Damit hatte diese Begünstigung natürlich nicht aufgehört, ein Privileg des Soldatenstandes zu sein. Allein sie konnte und musste doch von jetzt an auch erscheinen als ein Privileg, welches sich an die im Heerdienste gemachten Erwerbungen knüpfe. Das castrense peculium selbst stellte sich jetzt noch ungleich

---

15) Pr. I. quib. non est perm. 2, 12 (S. 11) und Theophil. ad h. l. Vgl. L. 26 D. de test. mil. 29, 1 (Macer lib. II. Militarium) verb.: Ius testandi de castrensi peculio, quod filiisfamilias militantibus concessum est, ad eos, qui ignominiae causa missi sunt, non pertinet, quod hoc praemii loco merentibus tributum est. — Das Wort veteranus kommt in verschiedenen Bedeutungen vor. Nach dem Sprachgebrauche, wie er sich in der Kaiserzeit feststellte, bezeichnet es die Soldaten, welche ihre Dienstzeit vollendet haben. (Becker-Marquardt III. 2. S. 296 Note 53, S. 338 fg., 366 ff., 430 ff.) Sie hatten Anspruch auf die Entlassung, und so knüpfte sich an den Begriff des veteranus als regelmässiger Nebenbegriff derjenige des verabschiedeten Soldaten. (Vgl. Brissonius de verbor. sign. s. v. Veteranus.) Für die Juristen wurde dieser Nebenbegriff zum Hauptbegriffe. Sie betrachten und behandeln als veteranus im allgemeinen einen jeden, der einen ehrenhaften Abschied vom Kriegsdienst (eine missio honesta oder causaria) erhalten, und wenden auf alle, bei denen dieses Merkmal zutrifft, die Privilegien der veterani an. Nur bestanden in Ansehung einzelner Privilegien gewisse Unterschiede, je nachdem der entlassene länger oder kürzer im Dienste gewesen. (Vgl. L. 8 §. 3 D. de excus. 27, 1, fr. Vat. §. 140, L. 2, 3 C. de his qui non impl. stip. 10, 54, L. 1 C. de excus. veteranor. 5, 65.) Hierunter gehört jedoch die Testierbefugniss über das castrense peculium unzweifelhaft nicht: cit. L. 26 D. de test. militis. Und in dieser Anwendung wäre auch der Versuch einer solchen Unterscheidung völlig sinnlos gewesen. Dagegen haben die in schimpflicher Weise (durch eine missio ignominiosa) aus dem Soldatenstande ausgestossenen an den Begünstigungen der Soldaten und veterani natürlich keinerlei Theil; sie werden so angesehen, als ob sie nie Soldaten gewesen: L. 8 §. 1 D. de excus. 27, 1: *Οἱ μέντοι ἀτίμως ἀποστρατευσάμενοι ὅμοιοι τοῖς μηδὲ στρατευσαμένοις νομίζονται.* Man vergleiche über dieses alles auch noch die ganze L. 8 D. de excus., besonders in den §§. 5 und 6, ferner die angeführte L. 26 D. de test. mil. 29, 1 ihrem vollen Inhalte nach, die L. 13 §. 2 D. de re mil. 49, 16 und die L. 1 C. de his qui non impl. stip. 10, 54, endlich Glück, Ausführl. Erläuterung der Pandecten. XXXI. S. 411—448, dessen Darstellung jedoch nicht überall genau ist.

mehr, als bisher, dar in dem Lichte einer privilegierten und unter ganz andern Rechtsregeln, als ein gewöhnliches peculium, stehenden Vermögensmasse. Und diese Vorstellung, welcher zwei weitere Verordnungen Hadrian's erheblichen Vorschub leisteten (§. 19), trat immer entschiedener in den Vordergrund. Sehr bald wurde die Testierbefugniss nur noch angesehen als eine von vielen aus der juristischen Natur dieser Vermögensmasse fliessenden Consequenzen. Und nicht einmal als die wichtigste. Der Schwerpunkt verschob sich im Gegentheil mehr und mehr nach ganz andern Seiten. Endlich hängt mit jener Vorstellung die Entstehung eines quasi castrense peculium zusammen, darauf beruhend, dass gewisse Erwerbungen von Hauskindern, ohne castrense peculium zu sein, doch nach den nämlichen Grundsätzen, wie das castrense peculium, behandelt werden sollten.

Wir werden das Rechtsinstitut auf seinem gesammten Entwickelungsgange zu begleiten haben. Es sind aber dreierlei Stücke, welche dabei in Betracht kommen:

1) die gegenständliche Zusammensetzung, also die Bestandtheile des castrense peculium,
2) die Art seiner rechtlichen Behandlung,
3) das quasi castrense peculium.

Hiemit ist von selbst den ersten drei Büchern ihre Aufgabe vorgezeichnet. Sie verfolgen jedoch diese Aufgabe im ganzen nur bis auf Justinian herunter, und es ist einem vierten Buche vorbehalten, auch die moderne Geschichte des Institutes seit dem Mittelalter darzustellen und so durch mancherlei interessante Wandlungen hindurch zu seiner gegenwärtigen Gestaltung hinzuführen. Und wie viel Gewicht ich immer auf die rechtsgeschichtliche Seite des Gegenstandes gelegt, wie sehr ich auf ihre Aufhellung bedacht gewesen: so war doch die Ermittelung und sichere Feststellung des heutigen gemeinen Rechtes überall mein letztes Ziel und meine eigentliche Absicht.

Erstes Buch.

Bestandtheile des castrense peculium.

Rettes cap. II. (Meerman Thes. VI. p. 242 sqq.)
Majansius p. 257 sqq.
Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht und Process. VIII. (1835) S. 78, 105 ff.

---

§. 3.

Die Begriffsbestimmung, wie sie seit dem Mittelalter völlig einstimmig von dem castrense peculium gegeben zu werden pflegt, ist eine überaus einfache und durch diese Einfachheit ansprechende. Danach wäre nämlich castrense peculium alles dasjenige, was ein Haussohn zufolge des Kriegsdienstes erwirbt. Die einzelnen Arten von Erwerbungen, welche in verschiedenen Stellen als Bestandtheile des castrense peculium auftreten, wären, abgesehen von einigen Singularitäten, die übrigens auch nicht einmal von allen für solche anerkannt werden, nur als eben so viele Entfaltungen und besondere Anwendungen jenes Begriffes zu betrachten.

Aber nicht allein durch ihre grosse Einfachheit und Natürlichkeit schien sich diese Vorstellung zu empfehlen, sondern sie schien auch in der L. 11 D. h. t. 49, 17 ihre volle und unanfechtbare Beglaubigung zu finden. Was Wunder also, wenn man sich von jeher dabei beruhigt und nie den geringsten Versuch gemacht hat, ihre Richtigkeit einmal ernstlich zu prüfen! Und dennoch hätte, sobald man nur einigermaassen genauer zusah, der Zweifel nahe genug liegen müssen.

Paulus giebt in seinen Sententiae III, 4 A. §. 3 von dem castrense peculium folgende Definition:

Castrense peculium est quod in castris acquiritur vel quod proficiscenti ad militiam datur.

Die Sententiae zeichnen sich sonst durch knappe Kürze und scharfe Genauigkeit der Sprache aus. Gesetzt also, auch dem römischen Juristen hätte jener einfache Begriff des castrense peculium vorgeschwebt: wie kommt es dann, dass er ihn nicht eben so einfach ausdrückt, sondern dass er im Gegentheil einen Ausdruck gewählt hat, der überhaupt jede einheitliche Zusammenfassung der Bestandtheile des castrense peculium preiszugeben und darin vielmehr zwei wesentlich zu trennende Grundelemente,

1) id quod in castris acquiritur,

2) id quod proficiscenti ad militiam datur

zu unterscheiden scheint?

Und Paulus steht mit dieser Darstellung nicht allein. Ganz die nämliche Erscheinung ist auch in der L. 1 C. h. t. 12, 37 anzutreffen, einem Rescripte des Kaisers Alexander vom J. 223, welches die unverkennbare Absicht einer genauen Begriffsbestimmung zur Schau trägt, worin aber der Inhalt des castrense peculium folgendermaassen angegeben wird:

Peculio autem castrensi cedunt res mobiles, *quae eunti in militiam* a patre vel a matre aliisve propinquis vel amicis *donatae sunt*, item *quae in castris per occasionem militiae quaeruntur.*

Man sieht, hier werden ganz dieselben beiden Elemente, wie bei Paulus, und sogar noch schärfer und bestimmter, als von diesem Juristen, aus einander gehalten. Von einem blossen Zufall kann Angesichts einer so genauen Uebereinstimmung, selbst des Ausdruckes, eben so wenig die Rede sein, als von dem Gedanken, dass die Darstellung, wie sie sich in den beiden Stellen findet, etwa nur aus einer augenblicklichen Nachlässigkeit entsprungen sein könnte.

Dieser Gedanke muss aber vollends weichen, wenn wir der Unterscheidung der nämlichen beiden Elemente auch noch in einem andern Rescript Alexander's, der L. 3 C. de bonis proscript. 9, 49 vom J. 226, begegnen. Hier wird nämlich das

castrense peculium bezeichnet und umschrieben als peculium, *quod in castris acquisivit* (sc. filius in tua potestate), *vel quod ei militaturo donasti*. Ja noch mehr; selbst ein drittes Rescript dieses Kaisers lässt sich beibringen, in welchem eine Hinweisung oder doch wenigstens eine deutliche Anspielung auf jene Unterscheidung zu bemerken ist. Es ist die L. 4 C. fam. erc. 3, 36 mit folgendem Wortlaute:

> Si filiusfamilias fuisti, et res mobiles vel se moventes, quae castrensis peculii esse possunt, donatae tibi a patre sunt, eas quoque in cetero peculio castrensi non communes cum fratribus tuis habes. Praedia autem, *licet eunti tibi in castra filio pater donaverit*, peculii castrensis non sunt. Diverso iure ea praedia habentur, *quae ex occasione militiae filiisfamilias obveniunt*, haec enim castrensi peculio cedunt.

Eine Erscheinung, welche so stetig und hartnäckig, noch dazu in kaiserlichen Rescripten, wiederkehrt, kann gewiss nicht so kurzer Hand abgewiesen werden. Der Eindruck aber, den man dadurch nothwendig gewinnen muss, ist kein anderer, als der, dass die Römer das castrense peculium einer einfachen und einheitlichen Begriffsbestimmung überhaupt gar nicht für fähig gehalten; dass sie insbesondere, was dem Haussohn bei seinem Abgange zum Kriegsdienste geschenkt wird, nicht aus dem Gesichtspunkt eines in Folge des Kriegsdienstes (per occasionem militiae) gemachten Erwerbes angesehen; dass vielmehr im Sinn und nach der Ansicht der Römer das castrense peculium aus diesen beiden Bestandtheilen als aus selbständigen und die Zurückführung auf einen gemeinsamen höhern Begriff nicht gestattenden Grundelementen sich zusammensetze. Damit wäre dann von selbst über die bisher übliche Begriffsbestimmung der Stab gebrochen.

Aber, wird man einwenden, stehen denn einem solchen Ergebnisse nicht andere bestimmte und überwiegende Quellenzeugnisse entgegen? Und es ist wahr; ganz abgesehen selbst von der L. 11 D. h. t. 49, 17, die ich aus guten Gründen zunächst völlig auf der Seite lasse, stösst man auf eine ziemliche Anzahl von Stellen, worin als Inhalt des castrense peculium nur ein einfacher Bestandtheil: id quod filiusfamilias miles in castris acquirit, genannt wird, während es doch wieder den

Eindruck macht, als solle auch hier, was zu dem castrense peculium gehöre, vollständig und mindestens nicht mit Uebergehung eines regelmässigen Haupt- und Grundbestandtheils angegeben werden. Ich erwähne:

Pr. I. quib. non est permiss. 2, 12: — — exceptis militibus, qui in potestate parentum sunt, quibus *de eo*, *quod in castris acquisierint*, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. — — Ex hoc intelligere possumus, *quod in castris acquisierit miles*, qui in potestate patris est, neque ipsum patrem adimere posse, — — sed scilicet proprium eius esse *id quod in castris acquisierit* rel.

Ulpiani fragm. XX, 10: Sed Divus Augustus .... constituit, ut filiusfamiliae miles *de eo peculio*, *quod in castris adquisivit*, testamentum facere possit.

L. 10 pr. D. ad SC. Tertull. 38, 17. (Pomponius l. II. SCtorum): Si filiusfamilias miles non sit testatus *de his*, *quae in castris acquisierit*, an ea ad matrem pertineant, videndum est.

L. 18 §. 5 D. h. t. 49, 17 (Maecianus l. I. Fideicommiss.): Sed nec cogendus est pater,[1] aes alienum, quod filius *peculii nomine*, *quod in castris acquisiit*, fecisse dicetur, de peculio actionem pati.

L. 4 §. 1 D. de usurp. 41, 3 (Paulus l. LIV. ad Edictum): Usucapere potest scilicet paterfamilias; filiusfamilias et maxime miles *in castris acquisitum* usucapiet.

Wie sollen wir uns diesem anscheinenden Widerstreite gegenüber verhalten? Stünde die Sache so, dass man annehmen könnte, die Verfasser der zuletzt genannten Stellen hätten durch eine weiter gefasste Begriffsbestimmung den Zwiespalt der beiden in den Sententiae des Paulus und den Rescripten Alexander's unvermittelt neben einander gestellten Bestandtheile zu

1) Hier muss entweder mit Hal. statt pater gelesen werden propter, oder es muss mit vielen alten Ausgaben (z. B. Nicolaus Jenson. Venet. 1477, Anton Koburger. Norimb. 1483, Georg. de Arrivabenis. Venet. 1493, Baptista de Tortis. Venet. 1494 und 1502) propter zwischen pater und aes alienum eingeschoben werden: beides gleich sehr unbedenklich.

überwinden und in eine höhere Einheit aufzulösen gewusst, so wäre natürlich der Ausweg rasch gefunden. Allein in der That ist dieser Weg verschlossen. Denn der Ausdruck, welchen jene Stellen dem Gesammtinhalte des castrense peculium geben: id quod filiusfamilias miles in castris acquirit, ist ja kein weiterer, sondern er ist wörtlich genau derselbe, wie derjenige, womit Paulus in den Sententiae und der Kaiser Alexander nur den einen jener Bestandtheile bezeichnen. Aber bleibt nicht wenigstens die Möglichkeit, dass dieser Ausdruck von den einen Stellen in einer weitern Bedeutung gebraucht sein könnte, als von den andern, dass er also im Sinne der ersten alles meinen und begreifen könnte, was die zweiten in zweierlei gesonderte Bestandtheile auseinander legen? Auch dieser Annahme stellen sich unüberwindliche Hindernisse in den Weg. Zuvörderst schon, wie hätte ein römischer Jurist es für statthaft halten sollen, unter den Begriff und die Bezeichnung von „Erwerbungen im Lager" auch Geschenke zu bringen, die einem Haussohn als militaturus und bei dem Abgang in das Lager, also doch jedenfalls ausserhalb des Lagers, gegeben werden! Sodann beachte man die bestimmte und scharfe Entgegensetzung dieser beiden Begriffe, wie sie in den Sententiae des Paulus und namentlich in den Rescripten des Alexander auftritt. Kann es glaublich erscheinen, dass der nämliche Ausdruck, welcher hier das, was bei dem Abgange zum Kriegsdienste geschenkt wird, ganz entschieden ausschliesst, von andern für geeignet gehalten worden sein sollte, auch solcherlei Geschenke mit zu umfassen? oder dass gar, wie man es dem Paulus unterschieben müsste, ein und derselbe Schriftsteller in haltlosem Schwanken das eine Mal die engere, das andere Mal die weitere Sprechweise angewandt hätte? Endlich ist nicht zu übersehen, dass es durchweg ältere Stellen sind, welche als Inhalt des castrense peculium nur die acquisita in castris nennen, und dass erst neuere darin bloss einen von zwei verschiedenen selbständigen Bestandtheilen des castrense peculium erblicken.[2] Gesetzt nun, das castrense pecu-

---

2) Man darf aus der angeführten Institutionenstelle nicht einen Gegenbeweis hernehmen wollen, da die Institutionen hier wie sonst ohne

lium hätte zu allen Zeiten den gleichen Umfang gehabt und schon von Anfang an neben dem acquisitum in castris auch das, was eunti in militiam donatur, enthalten. Nach der Art und Weise, wie sich wissenschaftlicher Sprachgebrauch geschichtlich zu entwickeln und fortzubilden pflegt, würde es dann zwar unschwer begreiflich sein, wenn man ursprünglich beiderlei Bestandtheile durch besondere Bezeichnungen aus einander gehalten, allmählich aber der Kürze halber mit der Nennung des einen, hauptsächlichsten sich begnügt und schon darin nunmehr einen zulänglichen Ausdruck für den Gesammtinhalt des castrense peculium erblickt hätte; völlig undenkbar dagegen müsste das umgekehrte, eine anfängliche Beschränkung auf eine kurze zusammenfassende Bezeichnung und eine erst spätere Verengerung des Verstandes derselben und eine damit zusammenhängende Zerlegung des castrense peculium in zwei selbständig neben einander stehende Stücke, erscheinen.

Dieses alles wohl erwogen, wird man mit Nothwendigkeit zu dem Schlusse geführt, dass das castrense peculium in dem spätern klassischen und dem Justinianischen Rechte wirklich zweierlei selbständige und begrifflich verschiedene Grundelemente:

1) die Erwerbungen im Kriegsdienste,

2) die Geschenke bei dem Abgange zum Kriegsdienste

enthalte; und es wird sich zeigen, dass nur mit dieser Annahme eine befriedigende Erklärung und Vereinigung mehrerer, ausserdem aller Vereinigungsversuche spottender Stellen zu gewinnen ist. Zugleich aber wird man auf den Gedanken an eine geschichtliche Entwickelung geleitet. Denn sollte nicht die Verschiedenheit der Angaben über die Zusammensetzung des castrense peculium einfach daher rühren, dass dieses sich anfänglich auf den Erwerb im Kriegsdienst eingeschränkt und erst später eine Ausdehnung auch auf die Geschenke bei dem Abgange zum Kriegs-

---

Zweifel wörtlich aus ältern Schriften und wahrscheinlich aus der Darstellung des Gaius geschöpft haben, die uns leider gerade hier nicht erhalten ist. Sie muss sich befunden haben auf dem verlorenen Blatte hinter Gai. II, 111. Vgl. die Note 80 zu dieser Stelle in Huschke's Iurisprud. anteiust. Ed. II. (Lips. 1867) p. 169.

dienst erhalten? Und bei weiterer Verfolgung wird diese Vermuthung zu einer so vollständigen Gewissheit, als sie in Fragen dieser Art überhaupt nur zu erwarten und zu verlangen steht. Ja es lässt sich sogar mit einem ziemlichen Grade von Sicherheit angeben, dass die Erweiterung in der Zeit des Septimius Severus stattgefunden hat.[3]

§. 4.

Bevor ich mich zu dem Beweise dieser Behauptungen anschicke, will ich nicht unterlassen, darauf hinzuweisen, wie viel Annehmbarkeit der angedeutete geschichtliche Gang von vornherein haben muss. Denn gewiss muss es doch natürlich erscheinen, dass einem so anomalen Institute, wie dem castrense peculium, Anfangs nur ein engeres Gebiet eingeräumt und erst später und allmählich eine weitere Ausbreitung verstattet worden sei. Dazu kommt noch ein anderes. Von dem altrömischen Standpunkt und ehe man sich eben durch das castrense peculium nach und nach an den Gedanken eines eigenen Vermögens

---

3) Eine ähnliche Ansicht, wie die im Text entwickelte, scheint schon Schrader ad pr. I. quib. non est perm. 2, 12 anzudeuten, indem es dort heisst: „quod in castris acquisierint": i. e. praecipua castrensis peculii pars, *unde id ipsum ortum est.* Ob aber freilich Schrader gerade an den Gegensatz der nämlichen beiden Bestandtheile denkt, lässt sich stark bezweifeln. Auch Marezoll S. 78 sagt zwar: „Zum castrense peculium gehörte, seiner ersten Begründung nach, sicher nur dasjenige, was ein Filiusfamilias als Miles und wirklich in Castris erwarb. Aber sehr bald erweiterte sich, durch einzelne kaiserliche Constitutionen und Vergünstigungen, der Umfang desselben;" — allein es ergiebt sich leicht aus dem weiteren, namentlich S. 106 ff., dass Marezoll das, was eunti in militiam donatur, nicht zu den spätern Erweiterungen, sondern zu dem ursprünglichen Umfange des castrense peculium rechnet. Ueberhaupt ist mir die Zerlegung des castrense peculium in die beiden Grundelemente: id quod filiusfamilias miles in castris acquirit und id quod filiofamilias eunti in militiam donatur, so nahe sie im Hinblick auf die Sententiae des Paulus und die erwähnten Rescripte Alexander's liegen muss, nirgends begegnet; und noch weniger ist natürlich das geschichtliche Verhältniss dieser Bestandtheile irgendwo beachtet. Nur in der Glosse findet sich merkwürdigerweise die Andeutung einer solchen Zerlegung. S. glo. Patre volente ad L. 7 C. qui bon. ced. 7, 71.



bei Hauskindern gewöhnt hatte, hätte es als ein sehr bedeutender Eingriff in die hausväterlichen Rechte müssen empfunden werden und daher voraussichtlich grossen Unmuth erregen müssen, wenn dem hausunterthänigen Soldaten sogar über Sachen, die ihm von seinem Gewalthaber selbst zugekommen, Testierfähigkeit beigelegt worden wäre und damit die Möglichkeit, sie dem Vater zu entziehen. Ein so schroffes Vorgehen und so tiefes und verletzendes Einschneiden in das bestehende Rechtsbewusstsein ist dem klugen und behutsamen Augustus nicht wohl zuzutrauen; sah sich doch selbst Justinian, der eine ganz andere Rechtsentwickelung vorfand und so viele Rücksichten, als Augustus, auf die Volksstimmung nicht zu nehmen brauchte, bewogen, aus Schenkungen des Gewalthabers herrührende Erwerbungen der Hauskinder von den Adventicien auszuschliessen, wie sehr er diese sonst begünstigte und zur Regel zu machen strebte. Bei Gütern, die der Haussohn als Soldat und in Folge des Kriegsdienstes erworben, war die Gewährung der Testierbefugniss, die überdies ursprünglich nicht länger, als der Soldatenstand, dauerte, weitaus unbedenklicher und konnte sogar als einigermaassen billig hingestellt werden. Trotzdem sehen wir aus der sechszehnten Satire Juvenal's, dass selbst in dieser Beschränkung der römische Geist mit dem neuen Privileg sich nur schwer zu befreunden vermochte.

Diese allgemeinen Erwägungen würden nun freilich für sich allein nicht von grosser Bedeutung sein; denn durchaus nicht immer entspricht die Wirklichkeit demjenigen, was sich von vornherein und nach allgemeinen Rücksichten als natürlich und wahrscheinlich darstellt. Den allgemeinen Gründen stehen aber diesmal auch noch Beweise von ganz positiver Natur zur Seite. Nämlich folgende.

1) Vor allen Dingen kommt in Betracht die oben (S. 27) abgedruckte Stelle aus Ulpian's Fragmenten. Ulpian redet hier von der Entstehung des Institutes, und wir dürfen annehmen, dass er, wie dieses überhaupt in solchen Fällen die Sitte der römischen Juristen war, den Inhalt der Verordnung des Augustus, welche zuerst die Testierbefugniss über das castrense peculium verwilligte, genau und mit Benutzung ihres eigenen Wort-

lautes angeben will. Darum redet er denn auch bloss von dem filiusfamilias miles, obwohl zu seiner Zeit längst auch die veterani über ihr castrense peculium testieren durften. Von dieser Annahme ausgehend, müssen wir aber in der ausdrücklichen Erklärung Ulpian's, Augustus habe verordnet, dass ein Haussohn als Soldat über „dasjenige peculium, das er in castris erworben," ein Testament machen könne, für sich allein schon einen genügenden Beweis erblicken, dass das castrense peculium ursprünglich auf die acquisita in castris eingeschränkt war und Geschenke an den Haussohn bei seinem Abgange zum Heer noch nicht mit umfasste. Denn es ist bereits bemerkt worden, dass der Ausdruck: id peculium, quod in castris acquiritur auf dergleichen Geschenke nicht bezogen werden konnte (S. 28); eine analoge Ausdehnung aber, woran man allenfalls noch denken möchte, war, weil es sich hier um ein ganz singuläres Privilegium handelte, gleichfalls nicht statthaft, abzusehen davon, dass gar nicht einmal eine Analogie vorhanden gewesen wäre.

2) Der Ulpianische Bericht wird unterstützt und bestätigt durch die völlig übereinstimmende Darstellung der Justinianischen Institutionen (S. 27), welche von der Entstehung unseres Institutes folgendes erzählen:

> militibus, qui in potestate parentum sunt, de eo, quod in castris acquisierint, permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere.

Dieser Satz der Institutionen beweist aber sogar noch etwas mehr, als die Ulpianische Stelle. Er zeigt, dass nicht allein Augustus, sondern dass auch die andern Kaiser, welche die Testierbefugniss der Haussöhne über das castrense peculium erneuerten oder erweiterten: Nerva, Trajan und Hadrian (wie sie gleich weiter in der Stelle genannt werden) als Gegenstand dieser Testierbefugniss nur „id quod filiusfamilias miles in castris acquisivit" bezeichneten. Daraus erhellt, dass noch zu Hadrian's Zeit das castrense peculium bloss aus den Erwerbungen im Kriegsdienste bestand.

Doch ich habe hier einen doppelten Einwand zu erwarten. Die Institutionen, könnte man sagen, thun erstens von dem spätern Hinzutreten eines zweiten Bestandtheils des castrense pecu-

lium keine Erwähnung, und zweitens gebrauchen sie auch offensichtlich die Worte id quod in castris acquisiit miles als ganz gleichbedeutend mit castrense peculium, sie nehmen also an, dass dieser Ausdruck den Inhalt des castrense peculium mit Inbegriff der Geschenke bei dem Abgange zum Kriegsdienste vollkommen decke und erschöpfe. Sonach spricht die Institutionenstelle weit eher gegen, als für den zu erweisenden Satz.

Ich muss gelten lassen, dass von dem zweiten Hauptbestandtheil des castrense peculium in den Institutionen keine Rede ist, und was den andern Punkt anlangt, so gebe ich im Sinne und Munde der Verfasser dieses Rechtsbuches auch den behaupteten Sprachgebrauch zu. Es ist nach meinem Bedünken völlig unverkennbar, dass sie, und dass überhaupt die Juristen der Justinianischen Zeit geglaubt haben, das castrense peculium lasse sich auch seinem Gesammtinhalte nach recht füglich durch die Umschreibung: id quod filiusfamilias miles in castris acquirit bezeichnen. (§. 12.) Ich werde sogar nicht ermangeln, aus dieser Beobachtung für das Justinianische Recht mancherlei Schlüsse zu ziehen. Allein was thut das hier zur Sache? Diese Vorstellung der Justinianischen Juristen lässt sich ja sehr leicht daraus erklären, dass seit der spätern klassischen Zeit der Sprachgebrauch den S. 29 angedeuteten Gang genommen; und hier kommt es nicht auf die Begriffe dieser Juristen des 6. Jahrhunderts an, sondern auf diejenigen des ältern Juristen, aus welchem die Darstellung der Institutionen geschöpft ist. Dieser ältere Jurist ist aller Wahrscheinlichkeit nach Gaius. (§. 3 Anm. 2.) Gaius aber, das dürfen wir im Hinblick auf die Redeweise der andern Stellen aus der klassischen Zeit mit Bestimmtheit behaupten, Gaius hat ganz sicherlich unter dem, was „in castris acquisiit miles“ nicht auch Geschenke an einen militaturus verstanden. Diese hätte er vielmehr, gleich Paulus und dem Kaiser Alexander, neben den Erwerbungen im Kriegsdienste noch besonders genannt, gesetzt dass sie schon damals ein Stück des castrense peculium ausgemacht hätten. Wenn er also von diesem Bestandtheil schweigt und bloss das, quod miles in castris acquisiit, nennt und den letzten Ausdruck als gleichbedeutend mit castrense peculium gebraucht, so ist das allerdings ein Beweis

für das, was ich oben aus der Stelle gefolgert. Und wenn uns der Bericht des Gaius in seiner ursprünglichen Fassung vorläge, so würden wir daraus ohne Zweifel auch noch den weitern Beweis entnehmen können, dass selbst zu der Zeit, als Gaius seine Institutionen schrieb, jener zweite Bestandtheil noch nicht vorhanden war. Die Verfasser der Justinianischen Institutionen hätten nun freilich seine Darstellung ergänzen und die später erfolgte Erweiterung bemerken sollen. Allein möglicher Weise wussten sie selbst nichts davon und glaubten, wie man es bis auf die Gegenwart geglaubt hat, die Geschenke bei dem Abgange zum Kriegsdienste seien von Anfang an ein Bestandtheil des castrense peculium gewesen, und der Ausdruck quod in castris acquisiit miles habe neben seiner engern schon von jeher auch die zu ihrer Zeit geläufige weitere Bedeutung gehabt, in welcher er den gesammten Inhalt des castrense peculium mit Einschluss dieses Bestandtheils umfasste. Wie ungegründet aber eine solche Annahme war, ergiebt sich

3) auch aus der bereits in der Anm. 11 zu §. 2 mitgetheilten Stelle aus Juvenal's sechszehnter Satire. Wenn es hier heisst:

> *quae sunt parta labore*
> *Militiae*, placuit non esse in corpore census,
> Omne tenet cuius regimen pater. Ergo Coranum,
> Signorum comitem *castrorumque aera merentem*,
> Quamvis iam tremulus, captat pater. Hunc labor aequus
> Provehit et *pulchro reddit sua dona labori*:

so lässt diese Darstellung gar keinen Zweifel übrig, dass damals der Haussohn wirklich nur erst über das testieren konnte, was er als Soldat und in Folge des Kriegsdienstes erworben. Auch ist zu bedenken, dass die Einführung des erbschleichenden Vaters doch fast die ganze beabsichtigte Wirkung hätte verfehlen müssen, falls schon damals, wie in späterer Zeit, Geschenke des Vaters selbst ein regelmässiger Bestandtheil des castrense peculium gewesen wären.

4) Zu weiterer Unterstützung und Bestätigung dienen die nicht viel jüngern oben (S. 27) mitgetheilten Stellen des Pomponius und des Mäcian. Das castrense peculium wird darin

bezeichnet und umschrieben mit haec quae — oder peculium quod — filiusfamilias miles in castris acquisiit, und diese Erwerbungen sollen mithin den gesammten Inhalt des castrense peculium vollkommen decken und erschöpfen.

5) Zufolge eines von Paulus in der L. 30 D. de test. mil. 29, 1 erwähnten Rescriptes von Antoninus Pius soll dem parens manumissor keine bonorum possessio contra tabulas in Hinsicht der „castrensia bona" eines emancipierten filius miles zustehen. Das heisst offenbar, letzterer sollte dem filiusfamilias miles gleichgestellt sein; über die nämlichen Güter, welche bei dem filiusfamilias miles in das castrense peculium gekommen sein würden, worüber er folglich ohne Rücksicht auf den Vater frei hätte testieren können, sollte auch der emancipierte filius miles ohne Rücksicht auf den Vater frei zu testieren befugt sein. (§. 32.) Die „castrensia bona" des emancipierten filius miles in der L. 30 cit. entsprechen also genau dem castrense peculium des filiusfamilias miles. Nun werden aber von Marcellus in der L. 29 §. 3 D. eod. jene castrensia bona wiederum bestimmt als „hae res, quas in castris acquisivit": ein unverwerflicher Beweis, dass auch zu Pius' Zeit das castrense peculium bloss aus den acquisita in castris bestand.

6) Wenn ein Haussohn zusammen mit seinen Geschwistern den Vater beerbte, so brauchte er jenen sein castrense peculium nicht einzuwerfen, behielt es vielmehr als praecipuum für sich. Es verstand sich von selbst, dass ganz in demselben Umfang auch der emancipierte Sohn von der Collationspflicht frei sein müsse, und zum Ueberflusse wird von Paulus (Sent. V, 9 §. 4) geradezu gesagt, emancipierte Kinder seien nicht gehalten, ihr „castrense peculium" zu conferieren.[1] Nun sehen wir aber aus der L. 54 D. ad SC. Treb. 36, 1, dass wenigstens zur Zeit des Marcus diese Befreiung sich bloss auf dasjenige erstreckte, „quod in castris fuerat acquisitum militi", was denn von selbst zu dem Schlusse führt, dass das castrense peculium damals einen weitern Umfang noch nicht hatte.

1) Vgl. auch fragm. de iure fisci §. 10: *excepto castrensi peculio* bona sua conferre debebunt.

7) Endlich drückt sich Paulus in der oben (S. 27) abgedruckten Stelle aus dem 54. Buche seines aller Vermuthung nach zwischen 178 und 195 n. Chr. verfassten Edictscommentars in einer Weise aus, welche unverkennbar darauf hindeutet, dass selbst zu jener Zeit das castrense peculium über das in castris acquisitum noch nicht hinausgieng.

Fasst man dieses alles zusammen, so darf nun wohl als bewiesen gelten:

erstens, dass sich wirklich das castrense peculium im Anfang auf die Erwerbungen im Kriegsdienste beschränkte,

zweitens, dass diese Beschränkung noch bis in die Zeiten des Septimius Severus fortgedauert hat.

Auf der andern Seite finden sich aber Stellen ebenfalls aus dem Zeitalter des Severus, die bereits die Geschenke bei dem Abgange zum Heer als weitern Bestandtheil des castrense peculium kennen. Dahin gehört namentlich die L. 4 pr. D. h. t. 49, 17 aus Tertullian's liber singularis de castrensi peculio, worin es heisst:

Miles praecipua habere debet, quae tulit secum in castra concedente patre.

Ferner die S. 25 als Ausgangspunkt dieser ganzen Erörterung benutzte Stelle aus den Sententiae des Paulus, welche Schrift wahrscheinlich den ersten Jahren der Alleinregierung Caracalla's angehört. Wir haben gesehen, dass hier bereits das, was „proficiscenti ad militiam datur“, neben dem, was „in castris acquiritur“, in die Begriffsbestimmung des castrense peculium aufgenommen erscheint.

Bei solchem Stande der Sache wird man schwerlich irre gehen und auf keinen Fall weit irre gehen, wenn man annimmt, dass die Vermehrung des castrense peculium um diesen zweiten Hauptbestandtheil unter Septimius Severus, sei es zur Zeit seiner Alleinregierung, oder auch erst während der Mitregentschaft des Caracalla, erfolgt sei. Als Quelle aber wird man ungeachtet des Mangels aller Nachrichten hierüber an eine kaiserliche Verfügung zu denken haben, da ja überhaupt unser Institut seine Entstehung sowohl, als seine weitere Entwickelung fast aus-

schliesslich kaiserlichen Constitutionen verdankt. Beide Annahmen finden darin eine gewisse Unterstützung, dass Severus überhaupt den Soldaten sehr willfährig war und ihnen auch sonst mancherlei Begünstigungen und Privilegien eingeräumt zu haben scheint.[2]

Auf diese Zeit und diesen Ursprung deutet aber auch eine interessante Stelle aus dem neunten, unter Severus und Caracalla und nach 206 geschriebenen Buche der Responsa Papinian's, die einer etwas eingehendern Betrachtung bedarf. Sie steht in den Digesten als L. 23 §. 2 de fideic. libert. 40, 5 und lautet so:

> Servum peculii castrensis, quem pater fideicommissi verbis a legitimis filiis heredibus liberari voluit, filium militem, vel qui militavit, si patris heres extitit, manumittere cogendum respondi, quoniam proprium manumisisse defunctus post donationem in filium collatam existimavit; portionem enim a fratre domino fratrem eundemque coheredem citra damnum voluntatis redimere non cogendum; nec ob eundem errorem cetera, quae pater in militiam profecturo filio donavit, fratri, qui mansit in potestate, conferenda, quum peculium castrense filius etiam inter legitimos heredes praecipuum retineat.

Also jemand hat zwei Söhne, seine einzigen Kinder, beide in seiner Gewalt. Der eine wird Soldat, während der andere zu Hause bei dem Vater bleibt.[3] Beim Abgange zum Kriegs-

---

2) Gibbon, History Chapt. 5. Vgl. L. 7 D. de vacat. 50, 5; L. 5 pr. D. de veteran. 49, 18; L. 9 pr. D. de re milit. 49, 16.

3) Nur dieses soll hier offenbar, im Gegensatze der thatsächlichen Gewaltfreiheit des Soldaten, durch die Worte qui mansit in potestate ausgedrückt werden. (§. 2 Anm. 11.) Papinian konnte sich dieses, in dem Munde eines Juristen allerdings etwas uneigentlichen Sprachgebrauches ohne Gefahr des Missverständnisses bedienen, weil der ganze Zusammenhang lehrt, dass der filius miles aus der väterlichen Gewalt nicht herausgetreten war. Es ist also durchaus kein Bedürfniss vorhanden, weder nach dem Vorschlage von Cujacius l. IX. Resp. Pap. ad h. l., den auch Retes cap. III. §. 17 (p. 249) billigt, statt „in potestate" zu setzen „in paganis", oder, wie Fuchs, Krit. Studien zum Pandektentexte S. 18 will, „in patria", noch auch mit Th. Mommsen in seiner Digestenausgabe Note 2 zu der Stelle die Worte „in potestate" gänzlich zu streichen.

dienste hat jenem der Vater einen Sklaven und andere Sachen geschenkt, was alles seit der besprochenen Erweiterung in das castrense peculium fällt. Gleichwohl legt er durch codicilli ab intestato seinen beiden Söhnen als legitimi (sui) heredes fideicommissarisch die Freilassung des genannten Sklaven auf. Papinian entscheidet: der filius miles oder veteranus allein sei, falls er Erbe des Vaters geworden, zur Freilassung anzuhalten, und sein Bruder und Miterbe sei nicht verbunden, ihm zur Vollziehung der fideicommissarischen Anordnung die Hälfte des Sklaven abzukaufen.[4] Die gegentheilige Entscheidung, sagt Papinian, würde gegen den anzunehmenden Willen des Vaters verstossen.[5] Denn,

---

4) Auch in dem Worte redimere hat man einige Schwierigkeiten gefunden. Vgl. Retes l. c. p. 250. Allein erstens steht redimere gar nicht selten in der allgemeinen Bedeutung von kaufen oder ankaufen (vgl. Anm. 6); sodann aber giebt es hier selbst in seinem ursprünglichen Verstande von zurückkaufen einen recht guten Sinn. Der Vater hat durch die Schenkung an den filius miles das Eigenthum des Sklaven weggegeben, und der andere Sohn müsste also, um als Erbe seines Vaters dessen Auftrag erfüllen und die Freilassung des Sklaven mit vollziehen zu können, das Miteigenthum desselben zur Hälfte, das er ohne jene Schenkung kraft Erbrechtes erlangt haben würde, erst wieder zurückkaufen.

5) Dies liegt in den Worten citra damnum voluntatis, wobei also defuncti patris hinzuzudenken ist. So ist auch der Sinn dieser Worte von jeher allgemein aufgefasst worden, mit einziger Ausnahme von Herm. Cannegieter in den Observ. iur. Rom. (Lugd. Bat. 1772) Lib. III. cap. X. p. 287 sq. Dieser Schriftsteller will nämlich damnum voluntatis im Sinne von voluntatem damni oder damnum voluntarium verstehen, woneben er vorher statt enim lesen will etiam: beides zu Gunsten einer höchst abgeschmackten Erklärung, die er von der Stelle giebt. Es soll sich nämlich darin bloss um die Patronatrechte handeln und um die Frage, ob diese der filius non miles an dem in Folge des Fideicommisses Freigelassenen jedenfalls erhalte, oder nur dann, wenn er vorher seinem Bruder die Hälfte des Sklaven abgekauft. Der Jurist entscheide sich für das erste. Weil der Vater irrthümlich geglaubt, Eigenthümer des Sklaven geblieben zu sein, so müsse der filius non miles ohne weiteres als Patron des Freigelassenen angesehen werden, und habe also nicht nöthig, seinem Bruder erst noch den halben Werth des Sklaven zu bezahlen. Thue er es dennoch, so sei das ein freiwilliger Schade (damnum voluntatis!), den er auf sich nehme. Wo ist denn aber, möchte man Cannegieter fragen, von dem Patronatrecht in der Stelle überhaupt nur die Rede?



so ist sein Gedankengang, wenn man schon im allgemeinen nicht gern fremde Sachen vermache und seinen Erben mit der Anschaffung des legierten Gegenstandes beschwere,[6] so lasse sich noch viel weniger in dem vorliegenden Falle voraussetzen, dass der Vater seinem Sohn, dem Nichtsoldaten, besondere Opfer zum Behufe der Anschaffung und Freilassung des Sklaven hätte aufbürden wollen. Wenn er beiden Söhnen die Freilassung aufgetragen und nicht dem filius miles allein, so sei dies vielmehr daraus zu erklären, dass er offenbar geglaubt habe, die diesem letztern geschenkten Sachen und folglich auch der Sklave seien, wie sonstige, gewöhnliche Schenkungen eines Vaters an seine Hauskinder, sein Eigenthum verblieben, mithin in das gewöhnliche und nicht in das castrense peculium gekommen. Hätte der Vater ein Testament errichtet, so könnte man dieser Annahme etwa noch entgegenhalten, dass er bei solchem Glauben wohl nicht die fideicommissarische, sondern die directe Form der Freiheitsertheilung gewählt haben würde; allein diesmal erkläre sich ja die fideicommissarische Form zur Genüge schon daraus, dass in Intestatcodicillen andere, als fideicommissarische Anordnungen, überhaupt gar nicht vorkommen könnten. Gesetzt nun, es wäre so, wie der Vater irrthümlich angenommen, die geschenkten Sachen wären wirklich gewöhnliches peculium geworden: so würden sie zu dem väterlichen Nachlasse gehören und mit diesem beiden Söhnen gleichheitlich zukommen. Beide würden also insbesondere Miteigenthümer des geschenkten Sklaven werden, und auch der Nichtsoldat würde daher zur Vollziehung der väterlichen Anordnung weitere Opfer nicht zu bringen haben. Beliefe sich z. B. das Vermögen des Vaters nach Abzug der dem filius miles geschenkten Sachen auf 10000 aurei, so würde der Sklave die

6) Vgl. L. 67 §. 8 D. de legat. II (31) aus Papin. l. XIX. Quaest. verb.: nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquit; sunt enim magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates. Die Stelle ist auch sonst für die Erklärung unserer L. 23 §. 2 nicht ganz ohne Belang, jedoch nach meinem Bedünken nicht von so unmittelbarer und allein entscheidender Wichtigkeit, wie Rucker (s. die folg. Anm.) annimmt.

Freiheit und dennoch jeder der beiden Söhne ungeschmälert 5000 aurei erhalten. Dieses Ergebniss habe ohne Zweifel dem Vater bei seiner Verfügung vorgeschwebt, und dass die Voraussetzung, wovon er dabei ausgegangen, eine irrige gewesen, dürfe nicht hindern, seiner Willensmeinung gerecht zu werden. Das Verhältniss sei also praktisch so zu behandeln, dass schliesslich das gleiche Ergebniss herauskomme; und dieses werde nun eben dadurch erreicht, dass der filius miles allein zur Freilassung des Sklaven angehalten werde, ohne von seinem Bruder eine Schadloshaltung ansprechen zu dürfen. Denn auf diesem Wege gelange ebenfalls der Sklave zur Freiheit, während gleichwohl jedem der beiden Söhne 5000 aurei ungeschmälert verblieben.

Es könnte nahe liegen, aus dieser Entscheidung noch eine weitere Folge zu ziehen. Nämlich diejenige, dass der Soldat nicht allein den Sklaven ohne Vergütung freilassen, sondern dass er überdies auch noch die übrigen vom Vater geschenkten Sachen mit seinem Bruder theilen müsse. Eine solche Consequenz wird aber von dem Juristen ausdrücklich zurückgewiesen, weil ein Haussohn selbst unter legitimi heredes sein castrense peculium als praecipuum behalte. Bei diesem Schlusse sind ohne Zweifel folgende Mittelglieder einzuschalten. Wenn auch der Vater die dem filius miles geschenkten Sachen noch immer für sein Eigenthum gehalten hat, so war dieses doch eben nur ein Irrthum. In Wahrheit gehörten sie dem beschenkten Sohne. Für den letztern wäre daher eine Verpflichtung, sie mit seinem Bruder zu theilen, nur denkbar aus einem von zwei Gründen. Entweder in Folge einer letztwilligen Auflage des Vaters; eine solche ist aber, von dem Sklaven abgesehen, nirgends vorhanden, und jener Irrthum genügt nicht, um diesen Mangel zu ersetzen. Oder aber wegen einer gesetzlichen Collationspflicht; allein auch daran fehlt es, denn es ist vielmehr Rechtssatz, dass einem Haussohn sein castrense peculium selbst unter legitimi heredes als praecipuum verbleibe.

Hiemit glaube ich die Stelle vollständig und in dem Sinn ihres Urhebers erklärt zu haben.[7] Aber möchte man selbst bei

7) Die nämliche Erklärung findet sich in allen wesentlichen Stücken schon bei Retes cap. III. §. 17 (p. 249 sq.), nur dass er nicht



dieser Erklärung noch Bedenken finden, so würde dadurch die Beweiskraft der Stelle für meinen gegenwärtigen Zweck in keiner Weise gestört. Denn für diesen kommt wesentlich nur ein einziger Punkt in Betracht. Es ist der Grund, auf welchen Papinian die erste seiner Entscheidungen stützt. Worin besteht dieser Grund? Er besteht ausgesprochenermaassen darin, dass man annehmen müsse, der Vater habe die Sachen, welche er seinem Haussohn bei dem Abgange zum Kriegsdienste geschenkt, trotzdem noch für sein Eigenthum gehalten. Besondere Umstände, die gerade in dem gegebenen Fall ausnahmsweise auf die Annahme eines solchen Irrthums hingeleitet, werden von dem Juristen nicht erwähnt. Wir müssen daher glauben, ihm sei dieser Irrthum von vornherein und ohne dass es dafür erst irgend welcher besonderer Anhaltspunkte bedürfe, als ein sehr wahrscheinlicher und im Zweifel zu vermuthender erschienen. War das aber möglich, wenn das castrense peculium schon seit längerer Zeit oder gar von Anfang an auch die Geschenke beim Abgange zum Kriegsdienst in sich begriff? Und hätte dann ein römischer Jurist ernstlich auf den Gedanken gerathen können, die muthmaassliche Unkenntniss dieses Rechtssatzes ohne weite-

---

das gebürende Gewicht auf die Frage legt, warum Papinian den Vater gerade ohne Testament versterben lässt. Ziemlich richtig ist auch die von Smallenburg bei Schulting, Notae ad Digesta h. l. (Tom. VI. p. 265 sq.) mitgetheilte Erklärung von Rucker. Ganz verfehlt dagegen muss die Auslegung von Cujacius l. IX. Resp. Pap. ad h. l. genannt werden, der unbegreiflicherweise in dem Satze: portionem enim a fratre domino fratrem eundemque coheredem citra damnum voluntatis redimere non cogendum das a fratre auf den Nichtsoldaten beziehen und demzufolge domino als unechtes Glossem streichen will, wodurch der Sinn entstünde: der Soldat brauche, um dem Willen des Vaters gemäss den Sklaven freilassen zu können, diesen nicht erst zum Theil seinem Bruder und Miterben abzukaufen, weil er, der Soldat, ja ohnehin schon alleiniger Eigenthümer des Sklaven sei. Ich weiss nicht, ob es dieser Erklärung zu genügender Entschuldigung gereichen kann, dass allerdings auch schon die Basiliken XLVIII, 4, 23 und ein Scholion dazu den Sinn des Satzes ebenso aufgefasst haben. Eine andere, noch viel weniger befriedigende Erklärung der Stelle von Cannegieter ist in der Anm. 5 besprochen worden. Völlig unverständlich bleibt hier die Glosse. Sie erklärt a fratre mit domino milite und doch auch wieder eundemque als militem.

res zur Grundlage für die Entscheidung eines Rechtsfalles zu nehmen? Gewiss nicht. Vielmehr war dieses alles nur dann möglich und statthaft, wenn die Erweiterung des castrense peculium auf dergleichen Geschenke erst ganz vor kurzem geschehen war, und zwar durch eine nicht förmlich allgemein kundgemachte Verordnung, also ein kaiserliches Rescript oder Decret. Und darin liegt nun die Hülfe, welche die Papinianische Stelle zur Bestimmung der Zeit dieser Erweiterung gewährt.

Ich darf meinen Beweis jetzt wohl für ausreichend geführt achten und kann mich daher der Beibringung weiterer Beweisgründe von nicht so unmittelbarem Gewichte entschlagen. Sonst liessen sich immerhin noch mancherlei unterstützende Momente namhaft machen. So z. B., dass Ulpian die Geschenke bei dem Abgange zum Kriegsdienste nur als quasi castrense peculium bezeichnet (§. 57); dass der nämliche Jurist in dem 41. Buche seines Edictscommentars (L. 3 §. 6 D. de bon. lib. 38, 2), obwohl damals die Erweiterung auf jeden Fall schon stattgefunden, dem Patron die bonorum possessio contra tabulas doch bloss in Ansehung derjenigen Güter des Freigelassenen versagt, „quae in castris sunt quaesita“ (§. 30); dass endlich Tertullian in der L. 4 §. 2 D. h. t. 49, 17 von den vor der Arrogation erworbenen Vermögensstücken eines arrogierten paterfamilias miles oder veteranus dem castrense peculium nur diejenigen gleichsetzt, „quas ante arrogationem in castris acquisierit“. Und doch kann Tertullian den andern Bestandtheil des castrense peculium nicht etwa bloss übersehen oder vergessen haben, da er ihn unmittelbar vorher in dem principium der Stelle ausdrücklich erwähnt. Das alles zeigt, dass einzelne Juristen noch zur Zeit Caracalla's als den eigentlichen und gleichsam normalen Inhalt des castrense peculium nur die Erwerbungen im Kriegsdienst ansahen und in den Geschenken beim Abgange zum Kriegsdienste bloss eine singuläre Zuthat erblickten, welche bei analogen Uebertragungen der Grundsätze des castrense peculium gar nicht ohne weiteres mit hereingezogen werden dürfe. Eine solche Anschauung ist aber nicht anders erklärlich, als unter der Voraussetzung, dass das castrense peculium jenen zweiten Bestandtheil erst kurz zuvor und durch kaiserliche Verfügung erhalten hatte. Es lässt sich denn auch

bemerken, dass sie sich sehr bald vollständig verlor. Von Anfang an scheint sie nicht von allen und nicht einmal von der Mehrzahl der römischen Juristen getheilt worden zu sein. So kommt namentlich die Bezeichnung der Geschenke beim Abgange zum Heer als quasi castrense peculium, so weit unsere Kenntniss der römischen Rechtsliteratur reicht, gerade nur bei Ulpian und bei keinem andern Schriftsteller vor. Vielmehr werden dergleichen Geschenke schon von Papinian in der besprochenen L. 23 §. 2 D. de fideic. lib. unbedenklich als castrense peculium hingestellt, und Paulus in den Sententiae nimmt sogar diesen Bestandtheil gleich in die Begriffsbestimmung des castrense peculium auf (S. 25). Ebenso verfährt, wie wir gesehen, der Kaiser Alexander (S. 25), und nicht minder der Jurist Macer in einer Stelle, welche jetzt noch der Erörterung benöthigt ist.

§. 5.

Es bleibt mir nämlich noch die Aufgabe, mich mit derjenigen Stelle auseinanderzusetzen, in der man von jeher die eigentliche maassgebende Legaldefinition des castrense peculium gefunden, und die man daher stets für eine jede auf den Inhalt des castrense peculium gerichtete Untersuchung zur Grundlage und zum Ausgangspunkte genommen. Es ist die bekannte L. 11 D. h. t. 49, 17 aus Macer's lib. II. de re militari. Sie steht in den Digesten mit folgendem Wortlaute:

> Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filiusfamilias in militia acquisiit, quod, nisi militaret, acquisiturus non fuisset, nam quod erat et sine militia acquisiturus, id peculium eius castrense non est.

Von abweichenden Lesarten ist nur zu erwähnen, dass statt „in militia agenti" der Florentina in vielen alten Ausgaben „in militia degenti" steht,[1] was übrigens am Sinne nichts ändert und

1) So z. B. in einer alten Ausgabe des Dig. novum ohne Angabe des Ortes und der Zeit auf der Basler Universitätsbibliothek; ferner in folgenden Ausgaben: Nicol. Jenson. Venet. 1477, Ant. Koburger. Norimb. 1483, Georg. de Arrivabenis. Venet. 1493, Bapt. de Tortis. Venet. 1494

schon um deswillen zu verwerfen ist, weil die Worte von den Basiliken mit τοῖς οὖσιν ἐν στρατείᾳ wiedergegeben werden, und weil überdies aller Wahrscheinlichkeit nach für die sog. Tres partes und das Digestum novum die Florentinische Handschrift als einzige Urhandschrift und Quelle sämmtlicher anderer gedient hat.[2]

Es ist schon gesagt worden, dass die gewöhnliche Begriffsbestimmung des castrense peculium als desjenigen, was ein Haussohn in Folge des Kriegsdienstes erwerbe, vornehmlich dieser Stelle ihre Entstehung verdankt. Man gelangte dazu, indem man den Satz: quod, nisi militaret, acquisiturus non fuisset gleichmässig auf die beiden vorhergehenden, mit vel verbundenen Sätze bezog, und diesem Satze überhaupt die Bedeutung einer zusammenfassenden allgemeinen, auf die einfachsten Merkmale zurückgeführten Definition des castrense peculium beimaass. Aber ist dieses Verfahren wirklich zulässig? Mir scheint, mit nichten. Denn nur für einen äussersten Nothfall lässt sich eine solche Art der Beziehung der Satzglieder etwa vertheidigen; natürlicher und ungezwungener Weise kann jener einschränkende Beisatz bloss mit dem einen unmittelbar voranstehenden Satze: quod ipse filiusfamilias in militia acquisiit in Verbindung gebracht werden. Ist es zu glauben, dass ein römischer Jurist oder auch irgend ein anderer Schriftsteller so geschrieben hätte, gesetzt dass er die Einschränkung gleichermaassen in Ansehung der beiden vorher genannten Stücke des castrense peculium hätte machen wollen? und noch dazu bei einer Begriffsbestimmung, bei wel-

---

und 1502, Jacob. Sacon. Lugd. 1509, Franc. Fradin. Lugd. 1510, Dig. novum. Paris. 1535 4°. Und es scheint, dass man schon in der spätern Glossatorenzeit so las, denn auch Azo, Summa Cod. VI, 61 de bon. quae lib. nr. 8, wo die Stelle wörtlich mitgetheilt wird, geht von derselben Lesart aus. — Ich erwähne diese Verschiedenheit der Lesart nicht, weil ich meinte, dass daraus für die Kritik des Digestentextes etwas zu gewinnen stünde, sondern nur, weil einer Lesart, die sich lange Zeit hindurch behauptet hat, eine gewisse dogmengeschichtliche Wichtigkeit nicht abzustreiten ist.

2) Th. Mommsen in dem Jahrb. des gem. Rechts, herausg. von Bekker und Muther. Bd. 5 (1862) S. 428 ff. Vgl. auch Spangenberg, Einleitung in das röm.-Just. Rechtsbuch (1817) S. 408 ff., 416 ff., 421 fg.

cher eine sorgfältige Wahl des Ausdruckes ganz vorzugsweise geboten war?

Nimmt man aber an, dass Macer die Worte: quod, nisi militaret, acquisiturus non fuisset nur auf das eine unmittelbar vorher genannte Stück des castrense peculium: quod ipse filiusfamilias in militia acquisiit bezogen habe, so erhellt nicht allein, dass diese Worte nicht für eine erschöpfende und zusammenfassende Definition des castrense peculium angesehen werden können, sondern es zeigt sich auch, dass der erste Theil der Angabe, welche die Stelle von dem Inhalte des castrense peculium macht: castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, in der bedingungslosen Allgemeinheit, in welcher dieser Ausspruch nunmehr erscheint, nicht richtig ist und mit andern Stellen, besonders mit der L. 6 und der L. 8 D. eod., in unvereinbarem Widerspruche steht. Muss die Stelle schon aus diesem Grunde zum Ausgangspunkte für die Begriffsbestimmung des castrense peculium als wenig geeignet erkannt werden, so ist sie dazu auch noch aus einem andern Grunde unbrauchbar. Um deswillen nämlich, weil darin auf jeden Fall und wie man sich immer ihre einzelnen Glieder zurecht legen mag, ein wichtiger Bestandtheil des castrense peculium: id quod eunti in militiam, oder, wie es anderwärts heisst, militaturo donatur, gar nicht berücksichtigt ist. Denn es ist klar, dass der Begriff eines agens in militia nicht so weit gedehnt werden kann, um auch einen blossen militaturus mit zu umfassen.

Ich hoffe, dass man das alles zugeben wird. Und dennoch wird schwerlich jemand den Eindruck verlieren, dass Macer in dieser Stelle wirklich eine genaue und vollständige Definition des castrense peculium beabsichtigt habe. Wer aber die Stelle mit Paul. Sent. III, 4 A. §. 3, mit der L. 3 C. de bon. proscr. 9, 49 und besonders mit der L. 1 C. h. t. 12, 37 (S. 25 fg.) aufmerksamer vergleicht, der wird sich sogar des Eindruckes nicht erwehren können, dass Macer in den Sätzen: quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est vel quod ipse filiusfamilias in militia acquisiit dieselben beiden Grundbestandtheile des castrense peculium habe nennen und unterscheiden wollen, welche in jenen andern Stellen unterschieden werden.

Aus dieser misslichen Lage giebt es, wie mir dünkt, nur eine einzige Auskunft; und zwar in der Vermuthung, die für mich volle Ueberzeugung ist, dass Macer die Stelle nicht so, wie sie jetzt in den Digesten lautet, geschrieben, sondern dass darin ursprünglich, übereinstimmend mit den erwähnten andern Stellen, statt in militia agenti vielmehr in militiam eunti gestanden. Wenn man bedenkt, dass nach der römischen Schreibweise Ā· sowohl am, als eine Gemination des a bedeuten kann, und wie ähnlich ferner die Buchstaben e und g in den alten Handschriften aussehen:[3] so wird nichts unwahrscheinliches darin gefunden werden können, dass INMILITIĀEUNTI der Handschrift, die hier unmittelbar oder, wie ich eher glaube, nur mittelbar den Digesten zu Grunde lag, aus Irrthum oder Versehen als in militia agenti gelesen worden sei, und dass so diese Fassung in das Justinianische Rechtsbuch hereingekommen.

Ich sage: in das Justinianische Rechtsbuch. Denn man darf nicht glauben, dass nun auch in den Digesten statt in militia agenti gesetzt werden müsse in militiam eunti. Vielmehr haben die Compilatoren ganz sicherlich in militia agenti gelesen und in das Rechtsbuch aufgenommen. Die oben angegebene Uebersetzung der Worte in den Basiliken (S. 44) gestattet darüber keinen Zweifel.

Dennoch ist auch für die Behandlung der Stelle als eines Stückes der Justinianischen Gesetzgebung die obige Vermuthung von grosser und wichtiger Bedeutung. Aus dem Grunde, weil sie uns warnt, in dieser Stelle so, wie man es bisher gethan, die eigentlich maassgebende Legaldefinition des castrense peculium zu erblicken und den Schlüssel zur Erklärung aller übrigen von seinem Inhalte redenden Stellen. Offensichtlich haben auch die Compilatoren so viel gar nicht in ihr gefunden. Sonst hätten

---

3) Wegen des ersten vergleiche man das Siglenverzeichniss in der Berliner Ausgabe des Gaius, Buchholtz in der Zeitschrift für Civilrecht und Process. N. F. XII. S. 149 und Wattenbach, Anleitung zur latein. Paläographie (Leipz. 1869). Autogr. Th. S. 21, 22, 35, wegen des andern die in jener Ausgabe des Gaius, ferner in Böcking's Ausgabe des Ulpian, endlich in Bethmann-Hollweg's Ausgabe der Vaticanischen Fragmente enthaltenen Nachbildungen alter Handschriften und Wattenbach S. 4 und 6.

sie ihr gewiss nicht erst an eilfter Stelle in der Mitte des Titels ihren Platz angewiesen, sondern, wie sie durchweg mit Definitionen verfuhren, gleich an seiner Spitze. Und wem muss es nicht auffallen, dass statt des Digestentitels diesmal der Codextitel de castrensi peculio mit einer eine Definition des castrense peculium enthaltenden Stelle beginnt? Wird man nicht zu der Vermuthung gedrängt, dass das darum geschehen, weil man eben in der Stelle des Macer so, wie man sie las, eine genaue Definition nicht zu finden vermocht, doch aber wenigstens einen der beiden Titel de castrensi peculio mit einer Definition des castrense peculium habe eröffnen wollen? Die Codexstelle ist es also, von der jede Frage nach dem Inhalt und der Zusammensetzung des castrense peculium ausgehen muss. Was die Digestenstelle anlangt, so müssen wir uns bescheiden, wenn es gelingt, für sie in der jetzigen Fassung eine Erklärung ausfindig zu machen, wonach sie wenigstens nichts geradezu falsches sagt.

Um dieses zu erreichen, bleibt denn aber freilich nichts anderes übrig, als dass wir die Stelle in ihrer Eigenschaft als Stück des Corpus iuris dem sprachlichen Zwange, von dem wir sie als den Ausspruch eines römischen Juristen so eben befreit, von neuem unterwerfen. Wir müssen also in der herkömmlichen Art die Einschränkung: quod, nisi militaret, acquisiturus non fuisset auch auf den Satz: quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est mitbeziehen, nur natürlich ohne sie, wie bisher, für eine zusammenfassende kurze Definition des castrense peculium anzusehen. Ich habe schon oben gesagt, dass eine solche Verbindung und Beziehung der Satzglieder, wenn auch einzig für einen Nothfall zulässig, so doch wenigstens nicht unmöglich ist. Vom Standpunkte des Corpus iuris haben wir es aber hier mit einem Nothfall zu thun, der uns zwingt, von dieser Möglichkeit Gebrauch zu machen.

Auf diese Weise erhält die Stelle folgenden Sinn: zu dem castrense peculium gehört — auch; neben anderm — was einem Haussohne während seines Kriegsdienstes von Eltern oder Verwandten geschenkt wird, und was er auf andere Art im Kriegsdienst erwirbt, sofern er beide Male die Erwerbung ohne den Kriegsdienst nicht würde gemacht haben. Es wird sich ergeben,

dass nach diesem Verstande der Ausspruch ein vollkommen richtiger und tadelloser ist. Denn wirklich werden unter der genannten bedingenden Voraussetzung auch Geschenke, die einem Haussohne während des Soldatenstandes von Eltern oder Verwandten zukommen, zu dem castrense peculium gerechnet; aber nicht erst zu dem neuern Bestandtheil desselben (quod in militiam eunti donatur), sondern schon zu dem ältern und ursprünglichen (acquisita in castris). Wer also in unserer L. 11 eine Definition einmal durchaus erblicken wollte, der könnte sie allenfalls betrachten als eine Begriffsbestimmung dieses einen, ältern Bestandtheils des castrense peculium. Aber davor muss man sich hüten, über diesen einen Bestandtheil hinaus irgend etwas aus der Stelle folgern und namentlich aus ihr auch jenen andern Bestandtheil näher bestimmen oder gar dem klaren Inhalt anderer Stellen zuwider in ungebürlicher Weise einengen und verkürzen zu wollen.

§. 6.

Nachdem durch die bisherigen Erörterungen die Grundbestandtheile des castrense peculium festgestellt worden sind, müssen diese nunmehr ein jeder für sich noch genauer betrachtet und in ihre weitern Verzweigungen verfolgt werden. Ich beginne dabei mit den Erwerbungen im Kriegsdienste, weil dieser Bestandtheil nicht allein der ältere und ursprüngliche, sondern auch der ungleich umfassendere und reichhaltigere ist.

Zu dem Begriffe des acquisitum in castris gehört vor allen Dingen ein Merkmal, wodurch es sich schon äusserlich scharf von dem andern Hauptbestandtheil, den Geschenken bei dem Abgange zum Kriegsdienst, unterscheidet. Es fallen nämlich unter diesen Begriff stets nur solche Erwerbungen, welche ein Haussohn als (bereits wirklicher) Soldat und während der Dauer des Soldatenstandes macht, und ausgeschlossen ist also alles dasjenige, was er erwirbt, ehe er noch wirklicher Soldat geworden, oder nachdem er bereits wieder aufgehört, es zu sein. Der Beweis liegt zur Genüge schon in dem Ausdrucke: id quod filiusfamilias

miles in castris, oder, wie es statt dessen in der L. 11 D. h. t. 49, 17 heisst, *in militia* acquirit.[1]

Dabei verdient es noch die Hervorhebung, dass ein erst nach der Verabschiedung des Haussohnes vom Kriegsdienste gemachter Erwerb (er wäre denn mittels schon vorhandenen castrensischen Vermögens gemacht, — ein Fall, welcher hier zunächst ganz ausser Betracht bleibt) selbst dann nicht mehr unter den Begriff der acquisita in castris und überhaupt nicht in das castrense peculium fällt, wenn auch vielleicht als Grund des Erwerbes der Kriegsdienst zu betrachten sein sollte. Wird also z. B. ein Haussohn während seines Soldatenstandes von einem Kameraden zum Erben eingesetzt, aber erst nach erhaltenem Abschied ihm die Erbschaft deferiert, so bleibt sie von dem castrense peculium ausgeschlossen.[2]

1) Auch ist in der L. 11 cit. in dem Satze: quod, *nisi militaret*, acquisiturus non fuisset das Imperfectum nicht zu übersehen, welches offenbar auf eine Fortdauer des militare zur Zeit des Erwerbes hindeutet. Ferner beachte man die L. 37 pr. C. de inoff. test. 3, 28 (Iustinian.) verb.: veterani, qui *tempore* quidem *militiae* sibi peculium acquisiverunt. — Ueber die gar nicht seltene Bedeutung von castra als Kriegsdienst überhaupt verweise ich z. B. auf Klotz, Handwörterbuch der lat. Sprache unter castra 2. b.

2) L. 9 §. 1 D. de iuris et facti ign. 22, 6: Si filiusfamilias *miles* a commilitone heres institutus nesciat, sibi etiam sine patre licere adire rel. L. 5 D. h. t. 49, 17: *Miles* filiusfamilias a commilitone vel ab eo, quem per militiam cognovit, heres institutus et citra iussum patris suo arbitrio recte pro herede geret. L. 4 C. h. t. 12, 37 mit Beachtung der Inscription: Imp. Gordianus A. Gallo *militi*. L. 8 §. 2 C. de bon. quae lib. 6, 61 (Iustinian.) verb.: Similique modo et in *milite* filiofamilias, qui recusaverit aditionem hereditatis, quae ei ex castrensibus occasionibus perveniat rel. Ferner arg. L. 1 C. h. t. 12, 37 verb.: Matris autem hereditas, *quamvis in militia delata sit*, ad peculium castrense non pertinet. — Ich habe die Frage nirgends berührt gefunden, als bei Ant. Faber, Iurispr. Papin. tit. XI. princ. VI. ill. 18 in fine, wo sie in dem entgegengesetzten Sinn entschieden wird mit Berufung auf die L. 8 D. h. t. 49, 17, die einen Gegenbeweis gewiss nicht abzugeben vermag. Für die Zeit bis Hadrian kann die Entscheidung in dem Sinne des Textes schon darum nicht zweifelhaft sein, weil damals die Auszeichnung des castrense peculium überhaupt nur so lange dauerte, als der Haussohn Soldat war. Wir finden aber nirgends eine Spur, dass man mit der Ausdehnung der Testier-

Der Erwerb muss aber ferner nicht bloss während des Heerdienstes, sondern auch in Folge des Heerdienstes gemacht werden; letzterer muss die Ursache des Erwerbes sein. Zu Gunsten der Soldaten wurde dieses jedoch in dem möglichst weiten Sinne verstanden. Man bezog es auf jeden Erwerb, für den der Heerdienst auch nur mitwirkende Ursache gewesen, kurz auf jeden Erwerb, den der Haussohn nicht gemacht haben würde, falls er nicht Soldat geworden. In dieser Fassung wird die Regel sogar wörtlich von Macer in der L. 11 D. h. t. 49, 17 ausgedrückt:

> Castrense peculium est — — quod ipse filiusfamilias in militia acquisiit, *quod, nisi militaret, acquisiturus non fuisset*, nam quod erat et sine militia acquisiturus, id peculium eius castrense non est.

Ganz dasselbe meint aber der Kaiser Alexander, wenn er in der L. 1 C. h. t. 12, 37 sagt:

> Peculio castrensi cedunt — — quae in castris *per occasionem militiae* quaeruntur.[3]

Demzufolge gehört zu diesem ersten Hauptbestandtheil des castrense peculium im einzelnen folgendes:

---

befugniss über das castrense peculium auf die veterani auch den Begriff und Umfang des acquisitum in castris auf Erwerbungen, die von dem Haussohn erst als veteranus gemacht werden, für erweitert angesehen hätte. Im Gegentheil vergleiche man die L. 37 pr. C. cit. in der vorigen Anmerkung.

3) Auf Grund dieser Stelle und der ähnlichen Aeusserung in der L. 4 C. fam. erc. 3, 36: ea praedia, quae *ex occasione militiae* filiisfamilias obveniunt, will Marezoll S. 106 ff., und eigentlich auch schon Retes cap. II. §. 1 (p. 242), unterscheiden zwischen dem, was unmittelbar *per* militiam, und dem, was nur *occasione* militiae erworben sei. Diese Unterscheidung hat zwar einen Anhalt an der L. 6 Th. C. de postulando 2, 10 = L. 4 I. C. de advoc. div. iudicior. 2, 7, indem hier ganz in dem Sinne Marezoll's neben einander gestellt wird, was die Advocaten *ex* huiusmodi professione und was sie ipsius *occasione* erwerben; allein sie ist sehr überflüssig und wird von den Quellen in keiner Weise streng durchgeführt. Insbesondere ist klar, dass Alexander in der L. 1 C. cit. durch den Ausdruck: ea quae in castris per occasionem militiae quaeruntur den gesammten Umfang und Inhalt des acquisitum in castris erschöpfen will.

1) Was der Haussohn als Soldat an Sold, erlaubter Beute, Donativen erhält. Ferner die Geschenke aus der Beute, sowie die armillae, torques, phalerae, coronae und andere Auszeichnungen, die ihm als Lohn für besondere Tapferkeit oder bestimmte Verdienste von dem Kaiser oder dem Feldherrn verliehen worden.[4] Und hätten Corporationen oder Private dem Soldaten als solchem ohne Rücksicht auf seine individuelle Persönlichkeit, sondern etwa als Preis für eine gewisse Leistung etwas zugewendet, so versteht sich von selbst, dass auch dieser Erwerb als ein Stück des castrense peculium zu betrachten wäre.[5] Endlich muss das gleiche gelten von den sog. praemia militiae, d. h. von der Altersversorgung, auf welche die Soldaten nach vollendeter Dienstzeit Anspruch hatten, und die entweder in einer einmal zu zahlenden bestimmten Geldsumme oder in einer Ackeranweisung bestand.[6] Man darf nicht einwenden, dass diese Versorgung

---

4) Man vergleiche Becker-Marquardt, Handbuch der röm. Alterthümer III. 2. S. 415, 438—445. Dass sämmtliche genannte Erwerbungen in das castrense peculium fallen, darüber kann kein Streit sein, und ist niemals einer gewesen. Als besondere Belegstellen können angeführt werden Iuven. Sat. XVI. v. 52 sqq. (§. 2 Anm. 11) und L. 52 §. 8 D. pro socio 17, 2: stipendia ceteraque salaria. (Auch die cetera salaria sind hier von einem Erwerb im Kriegsdienste zu verstehen. S. §. 55 Anm. 4.) Und dass die Donative zur Hälfte allemal sogar zu dem festen unangreifbaren Grundstocke des castrense peculium hinzukommen mussten, erhellt aus Veget. II, 20. (§. 2 Anm. 10.) Setzt man als den Gegenstand einer kaiserlichen Schenkung an den Soldaten nicht Geld, sondern ein Grundstück (ein Geschenk, welches indessen bei den Römern an noch im eigentlichen Dienste befindliche Soldaten wohl kaum jemals vorkam), so müsste natürlich auch dieses zu dem castrense peculium gerechnet werden. Ob aber deswegen ohne weiteres ein Lehen als castrense peculium zu betrachten, auf diese früher viel verhandelte Frage kann ich erst im vierten Buche eingehen.

5) Ich erinnere hier an die Prämien, welche in dem Kriege des Jahres 1866 von einzelnen Gemeinden und selbst von Privaten für die Eroberung feindlicher Fahnen oder Geschütze ausgesetzt wurden. Warum sollte nicht bei den Römern ähnliches vorgekommen sein?

6) Als Geldsumme betrug sie nach der Festsetzung des Augustus für die Prätorianer 5000 Denare oder 20000 Sestertien, für die Legionarier 3000 Denare oder 12000 Sestertien. Von Caligula wurde die Summe

ein Erwerb sei, den der Haussohn nicht mehr als Soldat, sondern erst als veteranus mache; denn die Soldaten hatten auf sie ein festes, ihnen contractlich zugesichertes Recht,[7] und ihre Gewährung war also juristisch zu beurtheilen als die blosse Erfüllung einer schon während des Soldatenstandes erworbenen, folglich zu dem castrense peculium gehörigen Forderung.

§. 7.

Der erste Hauptbestandtheil des castrense peculium begreift in sich

2) was der Haussohn als Soldat aus Erbeinsetzung, Vermächtniss oder Schenkung von Seite eines Kriegskameraden oder einer andern Person erwirbt, mit welcher er erst durch den Kriegsdienst in ein näheres Verhältniss getreten ist. Man konnte sagen, dass er auch solche Erwerbungen seinem Soldatenstande verdanke, weil er ausserdem die persönlichen Beziehungen, aus denen die Zuwendung hervorgegangen, nicht würde angeknüpft haben. Allerdings scheint dieser Zusammenhang mit dem Kriegsdienste nur ein sehr lockerer und zufälliger und jene Folgerung eine ziemlich künstliche und weit hergeholte zu sein; dass sie aber dennoch zu Gunsten der Soldaten wirklich gemacht ward, ergiebt sich aus zahlreichen und völlig unzweideutigen Belegstellen. Ich nenne folgende:

L. 1 C. h. t. 12, 37 (Alexander) verb.: Peculio autem castrensi cedunt — — item quae *in castris per occasionem militiae* quaeruntur. *In quibus* sunt etiam hereditates eorum, qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiae occasionem, etiamsi res immobiles in his erunt.

L. 5 D. h. t. 49, 17 (Ulp. lib. VI. ad Sabin.): Miles filiusfamilias a commilitone vel ab eo, quem per militiam cognovit, heres institutus et citra iussum patris suo arbitrio recte pro herede geret.

---

vermindert, unter Caracalla aber wieder erhöht. Becker-Marquardt III. 1. S. 337, III. 2 S. 430 fg.

7) Becker-Marquardt III. 2. S. 414 fg., 430.



L. 9 §. 1 D. de iur. et facti ignor. 22, 6 (Paul. lib. sing. de iuris et facti ign.): Si filiusfamilias miles a commilitone heres institutus nesciat, sibi etiam sine patre licere adire, per constitutiones principales ius ignorare potest, et ideo ei dies aditionis non [1] cedit.

L. 11 pr. D. de L. Corn. de fals. 48, 10 (Marcian. lib. I. de iud. publ.): Si pater filio suo militi, quem habet in potestate, testamento commilitonis filii aliquid adscripserit, quem commilitonem in militia novit: quia patri non acquiritur, extra poenam est.

L. 8 D. h. t. 49, 17 (Ulp. lib. XLV. ad Edictum): Si forte uxor, vel cognatus, vel quis alius non ex castris notus filiofamilias donaverit quid, vel legaverit, et expresserit nominatim, ut in castrensi peculio habeat, an possit castrensi peculio aggregari? Et non puto; veritatem enim spectamus, an vero castrensis notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit.

Rührt die Zuwendung her von Personen, mit denen der Haussohn nicht durch den Kriegsdienst in engere Verbindung gekommen ist, also namentlich von Verwandten, oder von seiner Frau, so fällt sie nicht in das castrense peculium; selbst dann nicht, wenn sie vielleicht ausdrücklich mit dieser Bestimmung gemacht worden wäre. Denn es kommt, wie Ulpian in der zuletzt abgedruckten Stelle sagt, nicht auf die vorgebliche, sondern auf die wirkliche Veranlassung der Gabe durch den Kriegsdienst an. Eine Veranlassung durch den Kriegsdienst lässt sich aber nicht annehmen, wenn die Gabe ausgeht von jemandem, welchen des Haussohnes Eigenschaft als Soldat ihm in keiner Weise näher gebracht haben kann. Nur dann und nur in dem einzigen Fall ist hier ausnahmsweise eine solche Annahme gerechtfertigt, wenn die Eigenschaft der Gabe selbst auf ihren Zusammenhang mit dem Kriegsdienst unzweideutig hinweist.

---

1) Diese Einschiebung von non, obwohl ihr die Basiliken entgegenstehen, ist durch den Zusammenhang und eine Rücksicht auf die L. 1 §. 1, 3, 4 D. eod. unbedingt geboten. Vgl. auch Th. Mommsen's Ausgabe der Digesten an der Stelle.

Von dieser Ausnahme wird weiter unten die Rede sein; die Regel aber wird nicht allein durch die eben angeführte L. 8 D. h. t., sondern auch durch einen andern Ausspruch Ulpian's in der L. 6 D. eod. (lib. XXXII. ad Sabin.) bestätigt. Er lautet so:

Si militi filiofamilias uxor servum manumittendi causa donaverit, an suum libertum fecerit, videamus, quia peculiares et servos et libertos potuit habere. Et magis est, ut hoc castrensi peculio non adnumeretur, quia uxor ei non propter militiam nota esset.

Ferner gehören hierher die auf die oben (S. 52) ausgehobenen unmittelbar folgenden Worte der L. 1 C. h. t. 12, 37:

Matris autem hereditas, quamvis in militia delata sit, ad peculium castrense non pertinet.

Wie klar und einfach diesem nach die hier maassgebenden Rücksichten zu sein scheinen, so kann doch ihre Anwendung unter Umständen Schwierigkeit machen. Namentlich dann, wenn ein naher Verwandter des Haussohnes gleichfalls Soldat ist und nun an jenen eine freigebige Zuwendung macht, als z. B., um sogleich den Fall zu nennen, von dem sämmtliche einschlagende Stellen ausgehen, ihn zu seinem Erben einsetzt. Offenbar kann es hier zweifelhaft sein, ob der Haussohn die Zuwendung seinem Soldatenstand, oder ob er sie der Verwandtschaft zu danken habe, und ob also die Erbschaft dem castrense peculium zuzutheilen, oder nicht.

Die Entscheidung wird vor allen Dingen davon abhängen, ob eine eigentliche Kriegskameradschaft unter den beiden Personen bestanden hat; das heisst, ob beide in unmittelbarer räumlicher Nähe neben einander gedient haben, so dass ein häufiger und vertrauter kameradschaftlicher Verkehr stattfinden konnte. War dieses nicht der Fall, haben beide in weit auseinander liegenden Gegenden bei dem Heere gestanden, so kann man nicht annehmen, dass sie durch den Soldatenstand einander näher gekommen, und dass dieser also der Grund der Erbeinsetzung gewesen. Sondern es ist dann klar, dass sich der Testator bloss durch das Verwandtschaftsverhältniss hat bestimmen las-

sen, und die Erbschaft darf daher dem castrense peculium nicht zugerechnet werden.

L. 16 §. 1 D. h. t. 49, 17 (Papin. l. XIX. Resp.): Hereditatem castrensi peculio non videri quaesitam, respondi, quam frater patruelis in alia provincia stipendia merens fratri patrueli, cum quo nunquam militavit, reliquit; sanguinis etenim ratio, non militiae causa meritum hereditatis accipiendae praebuerat.[2]

Gesetzt aber, es war eine wirkliche Kriegskameradschaft vorhanden. Auch dann wird zuvörderst wieder auf die Umstände und die etwaigen Aeusserungen des Testators in seinem Testamente Rücksicht zu nehmen sein. Hat z. B. ein Bruder nicht allein den andern, der als sein Kriegskamerad neben ihm im Heere dient, sondern seine sämmtlichen Geschwister mit gleichen Antheilen zu Erben ernannt: so fehlt es gewiss an jedem Boden für die Voraussetzung, dass die Bedenkung des Bruders und Kriegskameraden gerade durch das kameradschaftliche Verhältniss und folglich durch den Kriegsdienst ihren Anstoss erhalten habe. Sollten uns jedoch alle andern Anhaltspunkte verlassen, so wird es am natürlichsten sein zu unterscheiden, ob das Testament erst nach dem Beginne der Kriegskameradschaft errichtet wurde, oder schon vorher. Letztern Falls ist die Erbeinsetzung unstreitig bloss wegen der Verwandtschaft geschehen, und die Möglichkeit, dass der Testator seinen letzten Willen geändert haben würde, wenn nicht gerade der eingesetzte Verwandte auch sein Kriegskamerad geworden, vermag der Einsetzung selbst einen neuen Beweggrund nicht unterzuschieben. Anders, wenn die Ernennung des Erben erst nach dem Eintritte der Kriegskameradschaft erfolgte. Hier darf angenommen werden, dass diese, wo nicht der einzige, so doch ein mitwirkender und bestärkender Bestimmungsgrund gewesen; dass das allerdings schon durch die Verwandtschaft begründete Verhältniss wechsel-

2) Retes cap. II. §. 7 (p. 244) will statt: militiae causa meritum hereditatis rel. ohne Grund lesen: militiae meritum causam hereditatis rel.; im übrigen erklärt er die Stelle ganz richtig. Marezoll S. 114 sieht in dem, was dem römischen Juristen nichts als eine reine Folgerung aus den Umständen ist, eine „gesetzliche Präsumption“.

seitiger Zuneigung durch die Kriegskameradschaft wenigstens noch inniger und vertrauter geworden, und dass der Testator leicht einen andern Kriegskameraden bedacht haben möchte mit Uebergehung seines Verwandten, wenn dieser nicht ebenfalls sein Kriegskamerad gewesen wäre. Kurz man kann annehmen, der Verwandte würde ohne seinen Dienst beim Heere die Erbschaft nicht erhalten haben, und folglich wird diese als Stück des castrense peculium betrachtet.

L. 19 pr. D. h. t. 49, 17 (Tryphonin. lib. XVIII. Disput.): De hereditate ab agnato commilitone data Scaevola noster dubitabat, quia potuit et ante notus, et amicus dare, potuit et non dare, nisi commilitium caritatem auxisset. Nobis ita videtur: si ante commilitium factum sit testamentum, non esse peculii castrensis eam hereditatem, si postea, contra.

L. 4 C. h. t. 12, 37 (Gordianus A. Gallo, militi): Quum allegas, te a fratre tuo eodemque commilitone in eisdem castris institutum heredem, successionem eius potius in castrensi peculio tuo, quam patri, cuius in potestate es, per te quaesitam videri, rationis est. Etenim peregrinationis labor sociatus, commilitii eius et obeundorum munerum consortium affectioni fraternae nonnihil addidisse, quin immo vice mutua cariores invicem sibi reddidisse, credendum est.[3]

Dass es bei Erbschaften, die dem Haussohne von Kriegskameraden oder sonstigen in Folge des Kriegsdienstes bekannten zugewandt werden, nichts ausmacht, aus welchen einzelnen Gegenständen sie bestehen, und dass durch solche Erbschaften namentlich auch die dazu gehörigen Grundstücke in das castrense peculium mit hineingezogen werden, das sagt die L. 1 Cod. h. t. 12, 37 in den oben S. 52 mitgetheilten Worten ganz ausdrücklich. Man wird kein Bedenken tragen, dasselbe auch auf Vermächtnisse anzuwenden. Und überhaupt, da bei Zuwen-

3) Retes cap. II. §. 4 (p. 243). Hier liesse sich allenfalls mit Marezoll S. 114 von einer Rechtsvermuthung sprechen, obwohl ein zwingender Grund dafür auch hier nicht besteht.



dungen von dergleichen Personen der Zusammenhang mit dem Kriegsdienste durch die Person des Gebers und nicht durch die Natur des Gegenstandes hergestellt wird, so scheint auf die letztere nirgends etwas ankommen zu können. Trotzdem könnte ein kleiner Zweifel auftauchen bei Geschenken, geschöpft aus den Worten der L. 1 C. cit.: In castrensi vero peculio praedium donatum non esse constat. Ist nicht hier ganz unbedingt gesagt, dass geschenkte Grundstücke niemals in das castrense peculium eintreten? Indess, wenn man bedenkt, dass wir es in der L. 1 C. cit. mit einem Rescripte zu thun haben, welches, obgleich auch auf allgemeinere Fragen sich verbreitend, doch zunächst nur die vorgetragenen besondern Fragen entscheiden will, dass dieses Rescript gerade an den Vater und Gewalthaber des Soldaten gerichtet ist und gleich zum Eingange mit Anschaffungen beginnt, die jener für seinen Sohn gemacht hatte; — wenn man dieses alles erwägt, so ist sicherlich keine Nöthigung vorhanden, jene Worte auf andere Geschenke zu beziehen, als auf solche, welche der Haussohn von seinem Vater selbst erhalten hat. Und soviel steht allerdings fest, dass geschenkte Grundstücke, falls die Schenkung von dem Vater oder der Mutter oder andern dem Haussohne nicht erst durch den Kriegsdienst näher getretenen Personen ausgeht, unter keinen Umständen in das castrense peculium kommen, mag nun die Schenkung bei dem Abgange des Haussohnes zu dem Heer, oder mag sie in der Zeit seines wirklichen Soldatenstandes geschehen sein. Rührt hingegen die Schenkung von Kriegskameraden oder andern mit dem Haussohn in Folge seines Heerdienstes bekannt gewordenen Personen her, so muss es, ganz ebenso, wie bei Erbeinsetzungen und Vermächtnissen von Seite solcher Personen, gleichgültig sein, ob der Gegenstand eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache ist. Und zum Glücke lässt sich dafür auch noch ein unverwerfliches äusseres Zeugniss beibringen. Es findet sich in einem andern Rescripte Alexander's, welches als L. 4 C. fam. erc. 3, 36 im Justinianischen Codex steht, und worin am Schlusse gesagt wird, dass die Grundstücke, welche den Haussöhnen „*ex occasione militiae*“ zukommen, zu dem castrense peculium gehören. (S. 26.) Unter den Begriff der ex occasione militiae gemachten

Erwerbungen fallen aber unzweifelhaft auch die von Kriegskameraden herrührenden Schenkungen. Dieses erhellt nicht nur aus der L. 6 und der L. 8 D. h. t. 49, 17 (S. 53 fg.), sondern es wird zum Ueberfluss auch durch unsere L. 1 C. h. t. selbst bewiesen. Denn es wäre doch gewiss ungereimt, anzunehmen, dass diese Stelle gerade nur die *hereditates* eorum, qui non alias noti esse potuerunt, nisi per militiae occasionem, zu den „per occasionem militiae" gemachten Erwerbungen zählen wolle, nicht aber auch Vermächtnisse und Schenkungen, welche der Haussohn von dergleichen Personen erhält.

Der oben ausgehobene Satz dieser L. 1, welcher geschenkte Grundstücke ein für allemal von dem castrense peculium auszuschliessen scheint, muss also aus der L. 4 C. cit. näher bestimmt und in sein wahres Gebiet eingeschränkt werden.

Mit diesem Ergebnisse stimmt auch die gemeine Meinung überein, die von jeher angenommen hat, dass bei freigebigen Zuwendungen von Kriegskameraden und andern mit dem Haussohn durch seinen Soldatenstand bekannten Personen, gleichviel ob es Erbschaften, Vermächtnisse oder Schenkungen sind, auf die Beschaffenheit des Gegenstandes als Grundstück oder bewegliche Sache nichts ankomme, dass vielmehr jede solche Zuwendung stets ohne Unterschied dem castrense peculium zufliesse.[4]

---

4) Azo, Summa Cod. III, 36 fam. erc. nr. 18. Er geht sogar noch viel weiter und will geschenkte Grundstücke überhaupt nur in dem einzigen Fall unbedingt von dem castrense peculium ausschliessen, wenn sie der Gewalthaber geschenkt hat. (§. 8 Anm. 7.) Glossa ad L. 1 C. h. t.: „praedium donatum": nisi notitia castrensi; vgl. glo. Ex occasione ad L. 4 C. fam. ercisc. Cinus ad L. Si filiusf. (4) C. fam. ercisc. Bartolus ad L. Si forte (8) D. de cast. pec. nr. 1 u. 3. Lucas de Penna ad L. 1 C. h. t. in fine in verb. „non esse constat": Cum donat notus (sc. ex causa militiae), non distinguitur, dederit eunti ad castra vel non, rem mobilem *vel immobilem*, quia semper est castrensis peculii. Ioa. Faber in tit. I. per quas personas. §. Igitur in princ. Salicetus ad L. 4 C. fam. erc. nr. 1 u. 3. Ioannes de Platea ad L. 1 C. h. t. vers. Quod tamen rel.: A noto autem in militia potest donari contemplatione militiae quaelibet res, etiam non habilis ad militiam, *ut praedium*. Paulus de Castro ad L. 4 C. fam. erc. nr. 4. Ioa. Sichard ibid. nr. 7. Meier Colleg. Argent. XLIX, 17

§. 8.

3) Ein drittes, was die Römer unter den Gesichtspunkt eines zufolge des Kriegsdienstes gemachten Erwerbes bringen und sonach dem ersten Hauptbestandtheil des castrense peculium zugesellen, sind Geschenke und Vermächtnisse von Waffenstücken und andern zur militärischen Ausrüstung oder Ausstattung gehörigen Sachen (res castrenses vel militares, wie sie in der L. 3 D. h. t. 49, 17 genannt werden). Hier verhält es sich gerade umgekehrt, als in dem vorigen Fall. Es ergiebt sich schon aus der Beschaffenheit des Gegenstandes, dass der Haussohn, wäre er nicht Soldat, die Zuwendung nicht würde erhalten haben, und es kann also nichts davon abhängen, von was für einer Person sie ausgegangen ist. Natürlich erhält aber dieser Gesichtspunkt eine selbständige Bedeutung nur da, wo nicht schon der vorige ausreicht, das heisst, wo die Gabe nicht von Kriegskameraden herrührt, sondern von Eltern, Verwandten, Freunden und sonstigen Personen, mit denen der Haussohn nicht erst durch Vermittelung des Kriegsdienstes bekannt geworden oder in engere Beziehungen getreten. Diesen Fall allein werde ich daher berücksichtigen.

Im übrigen ist auf Gaben von dieser Art, wobei es sich selbstverständlich niemals um andere als bewegliche Sachen handeln kann, vor allem zu beziehen der erste Satz der schon öfters erwähnten L. 4 C. fam. erc. 3, 36:

Si filiusfamilias fuisti et *res mobiles vel se moventes*, *quae castrensis peculii esse possunt*, donatae tibi a patre sunt, eas

---

nr. 4. II. Hofacker, Princ. iur. civ. §. 566 II. Günther, Princ. iur. rom. §. 453. Hänsel, Bemerkungen und Excurse über das kgl. sächs. Civilrecht. Abth. I. S. 380. Thibaut, System d. Pand.-R. 8. Ausg. §. 250. Wening-Ingenheim, Lehrb. d. gem. Civilr. 5. Aufl. §. 390. (Bd. III. S. 78 Nr. 3). Marezoll S. 114. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon VII. S. 868. Vangerow, Lehrb. d. Pand. §. 234. b. Holzschuher, Theorie u. Casuistik des gem. Civilr. §. 67 zu 3. b. (3. Aufl. Bd. I. S. 715). — Seit dem 16. Jahrhundert haben sich nur wenige Schriftsteller bestimmt über die Frage geäussert. Solche, denen man mit Sicherheit eine abweichende Ansicht zuschreiben könnte, sind mir gar nicht begegnet, falls nicht etwa Lauterbach Colleg. XLIX, 17 §. III. auf diese Seite zu stellen.

quoque in cetero peculio castrensi non communes cum fratribus tuis habes.[1]

Ferner gewinnen wir durch die Rücksicht auf solcherlei Geschenke auch für den ersten Theil der L. 11 D. h. t. 49, 17 in der Fassung, die er in den Justinianischen Digesten hat, eine zureichende Erklärung. Denn der Satz: Castrense peculium est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, ist ein vollkommen richtiger, falls wir dazu nur ebenfalls die nachfolgende Einschränkung ziehen: quod, nisi militaret, acquisiturus non fuisset, und falls wir dabei an Waffenstücke und ähnliche Gegenstände denken, welche durch ihre Natur und Beschaffenheit beweisen, dass sie dem Haussohn ohne seinen Kriegsdienst nicht geschenkt worden wären. (§. 5.)

Besteht die Schenkung oder das Vermächtniss nicht in derartigen Gegenständen selbst, sondern in Geld, aber mit der Bestimmung, dergleichen dafür anzuschaffen, so kommt nicht schon das Geld, sondern es kommen erst die wirklich dafür angeschafften res militares in das castrense peculium. Dieses steht klar in der L. 3 D. h. t. 49, 17 aus Ulp. lib. VIII. ad Leg. Iuliam et Papiam:

Si mulier filio viri militi ad castrenses vel militares forte res comparandas reliquerit pecuniam, utique castrensi peculio *ea, quae comparantur*, adnumerari incipiunt.

Bei freigebigen Zuwendungen von Verwandten und andern dem Haussohne nicht erst durch den Kriegsdienst näher gebrachten Personen wurde also ein entscheidendes Gewicht gelegt auf die militärische Natur des Gegenstandes selbst und an sich, vielleicht um jeden Nebenweg zur Umgehung bestehender Rechtsgrundsätze abzuschneiden (wobei man sich an die oben S. 53 abgedruckte L. 8 D. h. t. erinnere), vielleicht auch, um dadurch auf den Haussohn einen gewissen Druck zu üben, dass er das ihm Behufs der Anschaffung militärischer Gegenstände zugedachte

1) Bereits die Glosse fasst die Stelle in diesem Sinn auf, indem sie zu „res mobiles“: ut arma und zu „res se moventes“: ut equus bemerkt.



wirklich in diesem Sinn verwende, wie es im öffentlichen Interesse wünschenswerth erscheinen musste.[2]

Diese Beobachtung ist nicht ohne Erheblichkeit. Sie zeigt uns vor allem, und dieses wird durch die eben erwähnte L. 8 D. h. t. bestätigt, dass bei Zuwendungen von Seite solcher Personen, wie ich sie hier überall voraussetze, nicht gemäss einer sehr verbreiteten Annahme schon genügt, dass die irgendwie nachweisbare Rücksicht auf den Soldatenstand des beschenkten der Beweggrund gewesen, sondern dass dergleichen Zuwendungen gerade nur dann eine Vermehrung des castrense peculium bewirken, wenn und sofern dadurch dem Haussohne militärische Gegenstände zugegangen sind. Sodann aber stellt sie uns auf den richtigen Standpunkt für die Beantwortung mehrerer Fragen, die hier noch auftauchen können.

Setzen wir, der unmittelbare Gegenstand der Zuwendung sei nicht Geld, sondern eine andere Sache, etwa ein Grundstück, das der Haussohn erst verkaufen soll, um das nöthige Geld zur Anschaffung von Waffenstücken oder sonstigen militärischen Gegenständen zu erlangen. Gewiss werden wir im Angesichte der L. 3 cit. auch hier nicht jene Sache, also z. B. das Grundstück, selbst, und eben so wenig das dafür erlöste Geld, sondern erst die schliesslich mit diesem Gelde angeschafften militärischen Gegenstände zu dem castrense peculium rechnen dürfen.[3]

---

2) Majansius §. 3, 4 (p. 258 sqq.) bringt die Stelle in einen Zusammenhang mit der lex decimaria und sucht weitläufig nachzuweisen, dass und warum diese im gegebenen Fall nicht verletzt sei. Wo findet sich darin aber auch nur ein Wort, was einen solchen Zusammenhang erkennen oder selbst nur errathen liesse? Majansius weiss zu Gunsten seiner Annahme in der That nichts weiter anzuführen, als dass die Stelle einer Schrift ad legem Iuliam et Papiam entnommen sei. Gewiss ein recht schwacher Grund. Es macht stark den Eindruck, als sei die lex decimaria mehr zur blossen Entfaltung gelehrten Prunkes, als irgend sachlicher Rücksichten halber herbeigezogen. Als Muster hat dabei wahrscheinlich das Verhalten des Cujacius zu der L. 13 D. h. t. 49, 17 gedient. (§. 9 Anm. 2.)

3) Die wenigen, welche sich über die Frage äussern, wollen durchweg schon das Grundstück selbst in das castrense peculium eintreten lassen; freilich im Zusammenhange mit der augenscheinlich falschen

Und ähnlich in einem weitern Fall. Der Vater oder ein anderer nicht von dem Kriegsdienste her bekannter schenkt dem Haussohne Sachen, die sich zwar für den Kriegsdienst, aber eben so gut auch zu andern Zwecken gebrauchen lassen, wie z. B. Sklaven oder noch nicht eigens zum Kriegsdienst abgerichtete Pferde. Unter welchen Bedingungen werden diese als Bestandtheile des castrense peculium zu betrachten sein? Mir dünkt, nur dann, wenn sie erstens der Geber ausdrücklich zur Verwendung im Kriegsdienste bestimmt, und wenn sie zweitens der Haussohn dieser Bestimmung gemäss auch wirklich verwendet hat. Eines von beiden reicht nicht aus. Denn fehlt es an jenem, so lässt sich nicht sagen, dass der Haussohn die Gabe dem Kriegsdienste verdanke; wenn aber an diesem, so erhält die Sache nicht die objective Eigenschaft einer res militaris, wie sie doch nach der L. 3 D. cit. nothwendig erfordert wird.[4]

Annahme, dass in dem Falle der L. 3 D. cit. schon das vermachte Geld in das castrense peculium falle. Man vergleiche Bartolus ad L. 8 D. h. t. nr. 2, 3, Sichard ad L. 4 C. fam. erc. nr. 7 in fine, Retes cap. II. §. 16 (p. 246), Majansius §. 1 (p. 257), Hänsel, Bemerkungen und Excurse zu dem kgl. sächs. Civilrecht Abth. I. S. 379. Ganz und gar bodenlos ist aber vollends die Ansicht, dass ein von dem Vater oder andern nicht erst durch den Kriegsdienst bekannten geschenktes Grundstück schon dann zu dem castrense peculium gehören müsse, wenn es gegeben sei mit der Bestimmung, dass dem Haussohn während des Kriegsdienstes die Früchte und Einkünfte zu gute kommen sollten. So Retes cap. II. §. 16 (p. 246). Schon Odofredus, Sup. Cod. prima parte. In L. Si filiusfam. (4) C. familiae erciscundae (fol. 179 col. I.) hatte sich hiegegen ausgesprochen in folgender für den damaligen Geschmack charakteristischer Weise: Si pater filio eunti in expeditionem donavit praedia, vel vineam, vel molendinum, et filius dixit patri: Quomodo portabo praedia, vel vineam, vel molendinum ad exercitum in valixia (= valise, Felleisen)? dixit pater: Portabis reditus. Si postea moritur pater, numquid iste filius ista praedia, vel vineam, vel molendinum tenetur conferre fratribus? Respondet (sc. Imperator), quod sic, quod non sunt castrensis peculii. S. auch Majansius §. 1 (p. 257). Hänsel, Bemerkungen u. Excurse Abth. I. S. 379.

4) Bartolus ad L. 8 D. h. t. nr. 3, der einzige, bei dem ich überhaupt die Frage angetroffen, hält die ausdrückliche Bestimmung zur Verwendung im Kriegsdienste an sich allein schon für genügend.

Uebrigens liefert diese Stelle zugleich den Beweis, dass, wie ich es oben schon dargestellt, nicht allein Schenkungen, sondern auch Vermächtnisse militärischer Gegenstände das castrense peculium vermehren. Denn, wenn bei einem Vermächtnisse von Geld zur Anschaffung solcher Sachen die angeschafften res militares in das castrense peculium kommen, so folgt, dass, falls das Vermächtniss unmittelbar auf res militares gegangen wäre, diese ohne weiteres Stücke des castrense peculium hätte werden müssen.

Wie gesichert hienach die vorgetragene Lehre über Schenkungen und Vermächtnisse militärischer Gegenstände überall erscheinen muss: so ist sie dennoch weit davon entfernt, sich einer allgemeinen Anerkennung zu erfreuen. Es hat ihr zwar in älterer, wie in neuerer Zeit nicht an Anhängern gefehlt;[5] allein bereits im Mittelalter standen ihr zwei wesentlich abweichende Meinungen gegenüber, die selbst wieder nach völlig entgegengesetzten Richtungen aus einander laufen. Die eine ist nämlich geneigt, alles, was einem Haussohn und zugleich Soldaten von irgend einer Seite her geschenkt wird, ohne jede Rücksicht auf die Beschaffenheit in das castrense peculium eintreten zu lassen, wobei man freilich im einzelnen noch auf mancherlei

---

5) Dazu gehört, wie oben in der Anm. 1 gezeigt, schon die Glosse. Ferner Ioannes Faber in tit. I. per quas pers. §. Igitur in princ.: Dic latius, quod aut dantur necessaria pro guerra, ut equus et arma, et tunc non refert, a quo. Aut alia, ut fundus, bos, vel asinus, et tunc habet locum distinctio, an ab alias noto vel non. Et sic potest intelligi C. de cast. omn. pal. pec. l. 1 secundum Dynum. Cinus ad L. Si filiusf. (4) C. fam. erc. (er giebt wörtlich die gleiche Regel). Bartolus ad L. Si forte (8) D. h. t. nr. 1 u. 3. Salicetus ad L. 4 C. fam. erc. nr. 1. Ioannes de Platea ad L. 1 C. h. t. (fol. 125 col. II.) vers. Quod tamen rel. Sichard ad L. 4 C. fam. erc. nr. 3 und 7. Donellus, Comment. de iure civ. Lib. IX. cap. 5 nr. 9. Bachov ad Inst. II, 9 per quas pers. §. 2 nr. 2 (Francof. 1628 p. 387). Höpfner, Commentar §. 427 („was ihm sein Vater zur Equipage giebt"). Marezoll S. 107 ff. Göschen, Vorles. §. 730. I. 1. Wening-Ingenheim, Lehrb. d. gem. Civilr. 5. Aufl. §. 390 (Band III. S. 78 Nr. 2). Sintenis, Das pract. gem. Civilr. §. 141 II. Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. VII. S. 867. Vangerow, Lehrb. d. Pand. §. 234. a. Puchta, Vorles. §. 435. Arndts, Pand. §. 431. Holzschuher, Theorie und Casuistik §. 67. Nr. 3. a.

Verschiedenheiten stösst. So wird namentlich von vielen der Vorbehalt gemacht, dass doch die Schenkung in Rücksicht auf den Kriegsdienst geschehen sein müsse, ohne dass man recht sieht, wie dieses praktisch gehandhabt werden soll. Einige[6] wollen zwar über die Schwierigkeit durch Aufstellung der Vermuthung hinweghelfen, dass im Zweifel eine Zuwendung im Hinblick auf den Kriegsdienst anzunehmen sei; sie vermögen aber dafür nichts beizubringen, als eine Verweisung auf Menochius, De praesumptionibus lib. III. praes. 68, wo von einer ganz andern Frage die Rede ist. Ferner werden geschenkte Grundstücke von den einen in grösserer, von den andern in geringerer Ausdehnung zugelassen oder ausgeschlossen. Allerdings ist es nicht selten recht schwer, was indessen nicht bloss von den Vertretern dieser, sondern eben so wohl von denen der andern Meinungen gilt, die wahre und volle Ansicht eines Schriftstellers mit Bestimmtheit zu erkennen. Auch gehen die erwähnten Schattierungen dieser Meinung höchst mannigfaltig in einander über. Es ist daher nicht möglich, ihre Vertreter nach Maassgabe dieser Schattierungen in feste Gruppen zu ordnen, sondern ich muss mich damit begnügen, sie in der Anmerkung im ganzen zusammenzustellen.[7]

---

6) Wie z. B. Brunnemann in L. 4 C. fam. erc. nr. 6, in L. 1 C. h. t. nr. 11, in L. 11 D. h. t. nr. 2, Petr. Müller in add. β ad Struvii Synt. iur. civ. XLIX, 17 §. 48.

7) In ihre Reihe gehört schon Azo. In der Summa Codicis III, 36 fam. erc. nr. 18 und in seiner Lectura zu der L. 4 C. fam. erc. (p. 286) will er bloss Grundstücke, die der Vater und zugleich Gewalthaber geschenkt, unbedingt von dem castrense peculium fern halten, sonst aber auch geschenkte Grundstücke, wie überhaupt alle Geschenke, zulassen, falls nur fest stehe, dass sie der Haussohn ohne den Kriegsdienst nicht würde erhalten haben. Aehnlich ist die Ansicht von Paulus de Castro ad L. Si filius (4) C. fam. erc. nr. 4. Auch nach Retes cap. II. §. 11, 12 (p. 245) und §. 16 (p. 246) kommt es gar nicht auf die Beschaffenheit der Gabe selber an, sondern einzig darauf, ob sie wirklich aus einer „affectio castrorum" geflossen. Diese Frage sei aber allemal nach den Umständen und namentlich in Rücksicht auf die Person des Gebers zu beurtheilen. Auf dem nämlichen Standpunkte stehen Baro, In Inst. (1555) ad tit. per quas pers., Zoesius († 1627), Comm. in Dig. XLIX, 17 de cast. pec. nr. 2, Brunnemann ad L. Castrense (11) D. h. t.,

Während diese eine Meinung den Umfang des castrense peculium übermässig erweitert, macht sich die andere gerade des umgekehrten Fehlers schuldig durch eine ungebürliche Einengung seines Gebietes. Sie will nämlich sämmtliche nicht von Kriegskameraden und andern aus dem Kriegsdienste bekannten herrührende Geschenke ausschliessen, selbst wenn sie in militärischen Gegenständen beständen, es wäre denn, dass die Schenkung gerade bei dem Abgange des Haussohnes zum Heer geschehen. Auch diese Meinung tritt aber wieder in verschiedenen Abstufungen auf, die ich indessen hier um desto eher bei Seite lassen kann, da die Beschäftigung mit dem zweiten Hauptbestandtheil des castrense peculium ohnehin auf sie zurückführen wird.[8]

Hofacker, Princ. iur. civ. §. 567. II. 2, Kleinschrod, De iure filiif. dispon. de peculiis p. 6. Nur in dem einen Punkte, dass sie die zulässigen Geschenke auf bewegliche Sachen beschränken, weichen ab Enenkel, De privil. milit. lib. II. priv. XXIII. nr. 22—25, Lauterbach, Colleg. XV, 1 §. 8, XLIX, 17 §. 3 und 5, Mühlenbruch, Lehrb. des Pandectenrechts §. 565; und der gleichen Meinung scheint auch Marezoll, nachdem er S. 107 ff. ganz das richtige aufgestellt, auf S. 111 fg. sich zuzuneigen. Ohne jeden Vorbehalt endlich werden alle Geschenke, die von irgend einer Seite her einem gewaltuntergebenen Soldaten zukommen, zu dem castrense peculium gerechnet von Claudius Cantiuncula, Paraphrasis in II Lib. Inst. (Lugd. 1534. 4). Lib. II. tit. 9 per quas pers. (p. 147), Joach. Mynsinger a Frundeck († 1588), Schol. in §. 1. I. per quas pers., Herm. Vultejus († 1634) in Inst. II, 9 per quas pers. nr. 7, Joh. Harpprecht ad pr. I. per quas pers. (1630) nr. 6, Kuntze, Cursus des röm. Rechts (1869) §. 938. 2. b. Und wenn man bei diesen Schriftstellern noch an eine gewisse einschränkende Auslegung denken möchte, da ihre kurzen Erklärungen doch wohl kaum so streng wörtlich zu nehmen: so spricht sich wenigstens Anton Faber mit aller wünschenswerther Deutlichkeit aus. Seit der in den LL 13 und 16 D. h. t. erwähnten Verordnung Hadrian's, meint er in der Iurispr. Papin. tit. XI. princ. VI. ill. 15, müsse dem castrense peculium zugezählt werden: quidquid uxor aut cognatus aliquisve ex parentibus filiofamilias militanti dederit sive hereditatis, sive legati, sive donationis aliove quolibet titulo (nihil enim refert), non solum si expressim id cautum sit, sed etiam si nihil de eo dictum fuerit. Er stützt sich dabei hauptsächlich auf die L. 11 D. h. t. Wie er sich mit andern Stellen abfindet, möge man bei ihm selbst nachlesen.

8) S. §. 10. Ich will hier einstweilen als Vertreter dieser Meinung nennen: Lucas de Penna ad L. 1 C. h. t. in verb. A matre; Ange-

Wäre man genöthigt, zwischen diesen beiden Meinungen eine bestimmte Wahl zu treffen, so müsste man sich noch eher für die erste entscheiden. Denn sie vermag wenigstens den ersten Satz der L. 11 D. h. t. 49, 17 (S. 43) zu ihren Gunsten anzuführen, mit welchem für die zweite keinerlei Auseinandersetzung möglich ist. Dem ungeachtet muss aber doch auch jene erste Meinung verworfen werden. Denn die L. 8 D. h. t. 49, 17 (S. 53) beweist mit voller Bestimmtheit, dass Geschenke, herkommend von Personen, die nicht erst der Kriegsdienst dem Haussohne näher gebracht, regelmässig nicht in das castrense peculium fallen, selbst dann nicht, wenn dieses der Schenker ausdrücklich bestimmt hätte. Es geht gewiss nicht an, diese Stelle mit Anton Faber (an dem in der Anm. 7 angeführten Orte) durch die Annahme beseitigen zu wollen, dass sie von einem bereits aus dem Kriegsdienst entlassenen Haussohn rede. Denn eine solche Annahme wäre doch reine Willkür. Zudem haben wir noch eine andere Stelle, die sich in dem gleichen Sinn ausspricht, bei welcher aber jene Ausflucht zum voraus abgeschnitten ist. Ich meine die L. 6 D. h. t. 49, 17 (S. 54). Ulpian erklärt hier ausdrücklich, dass ein Sklave, welchen ein *miles* filiusfamilias von seiner Frau Behufs der Freilassung als Geschenk erhalte, nicht zu dem castrense peculium gehöre, weil

---

lus Aretinus ad §. 1 I. per quas pers. nr. 10; Meier, Coll. Argent. XLIX, 17 nr. 4. I.; Majansius §. 1 (p. 257); Günther, Princ. iur. rom. §. 459; Curtius, Handbuch d. chursächs. Civilr. §. 164; Schweppe, Das röm. Privatr. §. 650; Thibaut, Syst. d. Pandektenr. 8. Ausg. §. 250; Mackeldey's Lehrb. d. röm. R. 14. Ausg. von Fritz. §. 557. — Raphael Fulgosius ad L. 4 C. fam. erc. scheint die Regel noch mehr einzuschränken, indem er selbst beim Abgange zum Heer geschenkte res castris convenientes bloss dann zu dem castrense peculium zuzulassen scheint, wenn sie gerade der Vater geschenkt hat. Geschenke von Seite anderer Personen sollen in das castrense peculium nur unter der Voraussetzung eintreten, dass der Schenker mit dem Haussohn durch den Kriegsdienst bekannt oder vertraut geworden. Eine noch engere Regel aber giebt Glück, Commentar II. §. 136; denn, will man ihn beim Worte nehmen, so würde zu dem castrense peculium an Geschenken überhaupt bloss gehören, „was der Vater seinem in Kriegsdienst tretenden Sohn zur Equipage geschenkt hat".

die Schenkerin mit dem Haussohn nicht durch den Kriegsdienst bekannt sei. Anton Faber selbst aber belehrt uns im Verlaufe seiner Darstellung (ill. 15 cit. in fine), dass filiusfamilias miles nicht derjenige genannt werde, „qui aliquando militavit", sondern bloss derjenige, „qui militat etiam nunc".

Es erhellt, dass, will man nicht mit den LL. 6 und 8 citt. in unversöhnlichen Streit gerathen, der erste Satz der L. 11 D. h. t. nicht unbedingt verstanden werden darf, sondern nur mit der Einschränkung, die sich ergiebt durch die Heranziehung des spätern Satzes: quod, nisi militaret, acquisiturus non fuisset. (§. 5.) Räumt man dieses einmal ein, so wird man durch einen Blick auf die L. 4 C. fam. erc. 3, 36 verb.: res mobiles vel se moventes, *quae castrensis peculii esse possunt*, und auf die L. 3 D. h. t. 49, 17 sich leicht auch zu der weitern Annahme bestimmen lassen, welche alle Aussprüche der Quellen in den schönsten Einklang setzt, dass Geschenke von Eltern, Verwandten und sonstigen nicht erst vom Kriegsdienste her mit dem Haussohn bekannten Personen nur dann für solche gelten, die der beschenkte seiner Eigenschaft als Soldat verdankt, wenn sie in militärischen Gegenständen bestehen, und dass sie also auch nur unter dieser Voraussetzung zu Bestandtheilen des castrense peculium werden.

Freilich hat Marezoll für jene weitergehende Meinung neben der L. 11 cit. auch noch einen andern Beweisgrund geltend gemacht. Allein dieser Grund ist so schwach, dass er einer besondern Widerlegung kaum bedürftig erscheint. Marezoll beruft sich nämlich (S. 112) auf folgende Aeusserung Papinian's in der L. 15 pr. D. h. t. 49, 17 (lib. XXXV. Quaest.):

> Pater milite filio reverso quod donat, castrensis peculii non facit, sed alterius peculii, perinde ac si filius nunquam militasset.

Daraus scheine doch wohl implicite hervorzugehen, dass, was der Vater dem filiusfamilias, ehe er vom Feldzuge zurückkehre, also noch während des Feldzuges schenke, unbedingt castrensisch werde.

Man sieht aus der vorsichtigen Haltung, dass Marezoll diesem Schlusse vom Gegentheil selbst kein rückhaltloses Vertrauen

schenkt. Ich muss aber sogar behaupten, dass für einen solchen Schluss hier alle und jede Bedingungen fehlen. Denn, wenn uns gesagt wird, dass, was der Vater dem Haussohne nach seiner Rückkehr vom Kriegsdienste schenkt, unter keinen Umständen zu dem castrense peculium gehöre, mit welchem Scheine von Berechtigung stünde daraus zu folgern, dass, was er während der Dienstzeit schenkt, unter allen Umständen in das castrense peculium eintrete?

§. 9.

Mit den bisher betrachteten Stücken ist der eigentliche und so zu sagen normale Inhalt des acquisitum in castris, wie er durch Folgerung aus diesem Begriff entwickelt wurde, erschöpft. Durch kaiserliche Verfügung kam aber

4) noch ein weiteres Stück hinzu, welches sich nur als eine ganz willkürliche Zuthat betrachten lässt. Hadrian verordnete nämlich, wenn ein Haussohn und Soldat von seiner Frau zum Erben eingesetzt werde, so solle das castrense peculium auch diese Erbschaft begreifen.

Wir kennen diese Verordnung, die in der Form eines Rescriptes ergieng, aus zwei verschiedenen Stellen Papinian's. Die eine, aus dem lib. XVI. Quaestionum entnommen, jetzt die L. 13 D. h. t. 49, 17, lautet so:

> Divus Hadrianus rescripsit in eo, quem militantem uxor heredem instituerat, filium extitisse heredem, et ab eo servos hereditarios manumissos proprios eius libertos fieri.

Und ganz entsprechend heisst es in der zweiten, aus dem lib. XIX. Responsorum geschöpften, der L. 16 pr. D. eod.:

> Divi Hadriani temporibus filiumfamilias militem uxori heredem extitisse placuit et hereditatem in castrense peculium habuisse.

Irgend eine innere Verbindung mit dem Soldatenstande, wie sie sonst überall zu dem Begriffe des acquisitum in castris verlangt wird, ist hier nicht mehr zu entdecken. Vielmehr beschränkt sich der ganze Zusammenhang mit dem Kriegsdienst auf das doppelte rein äusserliche Erforderniss, dass während der Dienst-

zeit des Haussohns erstens das Testament errichtet und zweitens auch der Erwerb der Erbschaft geschehen sein muss.[1] Mit dem nämlichen Rechte hätte also der Kaiser gleich alles, was ein Haussohn während seines Soldatenstandes erwirbt, für castrense peculium erklären können.

Diese Betrachtung ist indessen nicht die allgemeine. Und wer die Art der Behandlung des römischen Rechtes seit dem Mittelalter kennt, den müsste es in der That geradezu wunderbar dünken, wenn man nicht auf mannigfaltige Versuche stiesse, auch hier noch eine innere Verknüpfung mit dem Kriegsdienst herauszubringen und so der Bestimmung Hadrian's ihren willkürlichen Charakter zu nehmen.

Die meisten suchen den Zusammenhang mittels der Annahme zu gewinnen, dass dem Kaiser ein Fall vorgelegen, in welchem die Frau ihren Mann gerade mit Rücksicht auf seinen Soldatenstand zum Erben eingesetzt.[2] Aber wo haben wir auch nur den geringsten Anhalt für eine solche Annahme? Und müsste man

---

1) Dieses doppelte Erforderniss ergiebt sich klar und unzweifelhaft aus den beiden Stellen. Vgl. auch Marezoll S. 115. Sintenis, Das pract. gem. Civilrecht §. 141 Note 58 hält schon das erste Erforderniss (Testamentserrichtung während der Dienstzeit) allein für genügend; aber nur, indem er die L. 16 pr. D. h. t. (filiumf. *militem* heredem extitisse) übersieht.

2) So schon die Glosse zu der L. 13 D. h. t. und Francisc. Accursius in dem Casus zu der L. 16 D. eod. Ferner Bartolus ad L. 16 cit.: Intellige, quod hic instituit virum *contemplatione militiae.* Ioannes de Platea ad L. 1 C. h. t. vers. Tertio nota rel. Auch Cujacius lib. XVI. Quaest. Papin. in L. 13 D. h. t. und lib. XIX. Resp. Pap. in L. 16 pr. D. h. t. geht von dieser Ansicht aus, erblickt aber gleichwohl in dem Rescripte Hadrian's eine Singularität, nur nach einer andern Richtung; nämlich eine singuläre Abweichung von den Vorschriften der Lex Papia decimaria. In seine Fussstapfen tritt Meier, Coll. Argentor. XLIX, 17 §. 4. II. 5. Allein die lex decimaria wurde doch offenbar von dem Rescripte gar nicht berührt. Ueberdies brauchte es nicht erst eines besondern Privilegs, um einem Soldaten seiner Frau gegenüber solidi capacitas zu verschaffen; denn nach Ulp. XVI, 1 ist diese unter anderm vorhanden: si vir absit et donec abest et intra annum, postquam abesse desierit. Es ist aber bekannt genug, dass Soldaten für reipublicae causa absentes gelten: L. 17 pr., 34 pr., 35 §. 9, L. 40 pr., 45 D. ex quib. caus. mai. 4, 6; seit Pius sogar, wenn sie in Rom dienen: L. 35

nicht durch solche Einschränkung der ganz allgemeinen Sprache beider Stellen in eine viel ärgere und jedenfalls minder berechtigte Willkür gerathen, als diejenige, von der man den Kaiser zu befreien sucht, der doch nicht, wie die Wissenschaft, bei jedem seiner Schritte für zureichende theoretische Gründe verantwortlich war? Wie hätten vollends durch das Hadrianische Rescript, wenn dieses eine Erbeinsetzung im Hinblick auf den Kriegsdienst im Auge hätte, die römischen Juristen zu dem in der L. 16 pr. cit. erörterten Zweifel geführt werden können, ob nun deshalb auch die einem Haussohn und Soldaten bestellte dos zu dem castrense peculium zu rechnen, als welche doch mit dem Kriegsdienste ganz und gar nichts zu schaffen hat?

Majansius versucht es mit der Voraussetzung, dass die Frau, deren Testament zu dem Rescripte die Veranlassung gegeben, mit dem Haussohn, ihrem spätern Mann, erst durch seinen Kriegsdienst bekannt geworden.[3] Allein Angesichts der beiden Stellen ist diese Unterschiebung gewiss nicht minder willkürlich, als die vorige.

Ungleich feiner und anmuthiger, als diese ziemlich plumpen Rettungsversuche, ist die von Retes (cap. II. §. 10 p. 245) mitgetheilte Erklärung eines leider nicht mit Namen genannten spanischen Juristen. Auf der Annahme fussend, dass zu Hadrian's Zeit Soldaten zwar nicht heirathen, aber doch ihre früher genommenen Frauen hätten behalten dürfen, meint nämlich dieser Jurist: wenn ein Soldat von seiner Frau zum Erben ernannt worden, so habe man vermuthen müssen, dass es geschehen, um ihm den Soldatenstand bequemer und angenehmer zu machen, damit er länger darin verbleibe und — keine zweite heirathe. Gewiss recht hübsch und witzig; so dass man fast bedauern kann, die ganze Unterlage dieser Erklärung für eine haltlose erkennen zu müssen.[4]

---

§. 4 D. eod. vgl. L. 7 D. eod. S. auch Retes cap. II. §. 9 (p. 244), Majansius §. 6 (p. 262), Marezoll S. 115 Anm. 3.

3) Majansius §. 6 und 7 (p. 262 sqq.). Gleicher Meinung scheint Valett, Lehrb. d. Pandektenrechts Bd. III. (Leipzig 1829) §. 849 zu sein.

4) S. Retes cap. II. §. 8 und 10 (p. 244 sq.) Vgl. auch Thibaut in Braun's Erörterungen II. S. 349 und Froben's Erörterungen I. S. 200.

Dazu kommt aber noch ein weiterer Grund, der nicht bloss diesem, sondern auch jedem andern Versuch einer Erklärung aus innern Rücksichten in den Weg tritt. Was man nämlich zu Gunsten der Erscheinung vorbringen kann, dass die testamentarische Erbschaft der Frau in das castrense peculium fällt, das würde alles eben so wohl bei Vermächtnissen zutreffen. Dennoch wird in der L. 8 D. h. t. 49, 17 ein von der Frau herrührendes Vermächtniss unbedingt von dem castrense peculium ausgeschlossen, selbst dann, wenn eine ausdrückliche Anordnung der Zuwenderin es diesem Vermögen eigens zugedacht dächte. Und noch mehr; in der L. 3 D. h. t. wird sogar aus einem Vermächtnisse von Geld zur Anschaffung militärischer Gegenstände nicht schon das Geld, sondern erst was dafür an solchen Gegenständen wirklich angeschafft ist, dem castrense peculium zugerechnet. Endlich wird in der L. 6 und der L. 8 D. h. t. die Ehefrau ganz unbedingt in die Reihe derjenigen Personen gestellt, deren nähere Bekanntschaft und vertrauteres Verhältniss mit dem Haussohn sich auf den Kriegsdienst nicht zurückführen lasse.

Bei solcher Lage der Sache bleibt in der That nichts anderes übrig, als in der Vorschrift Hadrian's eine ganz singuläre und willkürliche Begünstigung der Soldaten zu erblicken. Dafür spricht auch noch die Art und Weise, wie Papinian von ihr redet. Und gerade gegenüber einer Verfügung Hadrian's, dessen unruhiger Geist zu allem neuen und sogar zu dem paradoxen neigte und über theoretische Bedenklichkeiten, geschöpft aus den hergebrachten Anschauungen, spottete, kann diese Art der Betrachtung von vornherein gar keiner Schwierigkeit unterliegen.[5]

Fragt man aber, warum die Begünstigung auf die testamentarische Erbschaft beschränkt und nicht zum mindesten auch auf die Vermächtnisse ausgedehnt wurde, so weiss ich auf diese

5) Wegen dieser Charakterzüge Hadrian's, die für die Geschichte unseres Institutes höchst einflussreich gewesen sind, vergleiche man Spartian. Hadrian. c. 15: professores omnium artium semper ut doctior risit, contempsit, obtrivit, c. 16: Ciceroni Catonem, Vergilio Ennium, Salustio Coelium praetulit eademque iactatione de Homero ac Platone iudicavit. Merivale, History of the Romans under the Empire. Chapt. 66 (New edit. Lond. 1865. vol. VIII. p. 234, 255 — 258).

Frage keine bessere Antwort zu geben, als die schon von Retes und Marezoll gegebene, wofür auch die Fassung der L. 13 D. h. t. einen Anhalt gewährt, dass nämlich zufällig ein Erbschaftsfall und nicht ein Vermächtnissfall die Veranlassung des Rescriptes war.[6]

Je mehr wir indessen dieses Rescript als eine reine, streng auf testamentarische Erbschaften einzuschränkende Singularität betrachten müssen, um desto merkwürdiger erscheint der bereits erwähnte Zweifel, der dadurch unter den römischen Juristen angeregt wurde. Der Zweifel nämlich, ob nun nicht auch eine dem Haussohn gegebene oder versprochene dos zu dem castrense peculium gehören müsse. Es scheint also allerdings unter den römischen Juristen die Frage aufgetaucht zu sein, ob man nicht wegen jenes Rescriptes einen jeden von Seite der Frau herkommenden Erwerb dem castrense peculium zuzusprechen habe. Wie aber Ulpian in der L. 8 D. h. t. diese Frage in Ansehung der Vermächtnisse und Schenkungen verneint, so verneint sie Papinian in der L. 16 pr. D. eod. in Rücksicht der dos. Und zur Rechtfertigung dieser Entscheidung beruft er sich darauf, dass es für eine analoge Ausdehnung des Rescriptes auf die dos an der ersten Bedingung, nämlich an jeder Gleichheit des Grundes fehlen würde. Denn die Erbschaft werde gewissermaassen zufällig und ohne innere Verknüpfung mit einem bestimmten Verhältniss erworben; die dos dagegen stehe in einem engen Zusammenhange mit der Ehe und sei für die ehelichen Lasten und die gemeinsamen Kinder bestimmt, die sich in der Gewalt ihres

---

6) Im Hinblick auf die L. 8 D. h. t. versteht sich von selbst, dass die Hadrianische Verordnung auf Vermächtnisse nicht einmal analog angewendet werden darf, und noch viel weniger natürlich auf Schenkungen. Trotzdem wird sie auch auf die Vermächtnisse bezogen von Luden, De peculiis p. 46 sq.; die L. 8 cit. soll von einem filius *non miles* handeln (?). Die nämliche Ausdehnung giebt der Verordnung Hänsel, Bemerkungen u. Excurse üb. d. kgl. sächs. Civilrecht I. S. 380, und noch weiter geht Anton Faber. (§. 8 Anm. 7 a. E.) Die richtige Ansicht ist die weitaus herrschende. Sie findet sich schon bei Retes cap. II. §. 10 in f., 11 (p. 245). Sodann bei Glück, Commentar XIV. §. 906. III.; endlich bei Marezoll S. 115 fg. und allen spätern.

Grossvaters und nicht in derjenigen ihres selbst noch gewaltuntergebenen Vaters befänden.[7]

§. 10.

Längere Zeit beschränkte sich das castrense peculium auf den jetzt vollständig erledigten ersten Hauptbestandtheil, die acquisita in castris. Erst unter Septimius Severus kamen, wie wir gesehen, die Geschenke bei dem Abgange zum Kriegsdienste als ein zweiter Hauptbestandtheil hinzu. Auch sein Inhalt muss nunmehr genauer bestimmt werden.

Hiebei ist denn vor allen Dingen zu beachten, dass dieser zweite Hauptbestandtheil einzig Geschenke, nicht auch Vermächt-

---

7) Die ganze Stelle lautet so:

> Dotem filiofamilias datam vel promissam in peculio castrensi non esse respondi. Nec ea res contraria videbitur ei, quod Divi Hadriani temporibus filiumfamilias militem uxori heredem extitisse placuit, et hereditatem in castrense peculium habuisse; nam hereditas adventicio iure quaeritur, dos autem matrimonio cohaerens oneribus eius ac liberis communibus, qui sunt in avi familia, confertur.

Bei den Worten: adventicio iure quaeritur ist natürlich nicht an das sog. peculium adventicium zu denken, welches erst lange nach Papinian entstand und diesen Namen sogar erst nach Justinian erhielt; sondern jene Worte wollen hier nur besagen, wie schon Majansius §. 6 (p. 261) es ziemlich richtig ausdrückt, dass die hereditas nicht, wie die dos, matrimonio cohaeret, sondern „extra matrimonii causam obtingit filio". Ich hätte es für überflüssig gehalten, davon überhaupt zu reden, wenn sich nicht in der deutschen Uebersetzung des Corpus iuris jene irrige Auffassung fände („eine Erbschaft wird kraft des adventicischen Rechtes erworben"). Eben so wenig ist aber natürlich confertur in dem technischen Verstande zu nehmen. Es heisst hier nicht: „wird conferiert," sondern: „wird beigetragen, gewidmet, bestimmt". So hat auch die Uebersetzung des Corpus iuris diesmal richtig übertragen. Viele dagegen sind an dieser Klippe gescheitert. Schon die Glosse erwähnt einer Anzahl von Erklärungen, welche sämmtlich von der technischen Bedeutung des Wortes ausgehen, und kommt erst zuletzt auf das richtige. Ebenso Bartolus ad h. l. — Die richtige Auslegung der Stelle findet sich bei Cujacius lib. XIX. Resp. Pap. in L. 16 pr. cit., Ant. Faber, Iurispr. Papin. tit. XI. princ. VI. ill. 15, Retes cap. II. §. 13 (p. 245), Majansius §. 5, 6 (p. 260 sq.). Man vergleiche auch Bechmann, Das röm. Dotalrecht Abth. I. (1863) S. 26, 54 fg.

nisse und Erbschaften in sich begreift. Denn in sämmtlichen von ihm handelnden Stellen ist nur von donare die Rede,[1] eine analoge Ausdehnung aber, der sich überdies mancherlei innere Gründe widersetzen würden, ist auf so rein singulärem Boden, wie demjenigen, auf welchem wir hier uns bewegen, nicht statthaft.[2]

Aber selbst Geschenke fallen unter den zweiten Hauptbestandtheil des castrense peculium bloss dann, wenn sie in beweglichen Sachen bestehen. Dieses ergiebt sich mit unzweideutiger Bestimmtheit aus folgenden Aeusserungen zweier verschiedener Rescripte Alexander's:

L. 1 C. h. t. 12, 37: Peculio autem castrensi — — cedunt *res mobiles*, quae eunti in militiam a patre vel a matre aliisve

---

1) L. 1 C. h. t. 12, 37; L. 3 C. de bon. proscript. 9, 49; L. 23 §. 2 D. de fideic. lib. 40, 5; L. 3 §. 4 D. de donat. int. V. 24, 1; L. 6 D. h. t. 49, 17. Vgl. auch L. 4 C. familiae erciscundae 3, 36 und Paul. III, 4 A. §. 3.

2) Bei den Juristen des Mittelalters habe ich die Frage nirgends berührt gefunden, als etwa bei Lucas de Penna ad L. 1 C. h. t. 12, 36 (37) sub fin. in verb. Non pertinet, wo sie in dem entgegengesetzten Sinn beantwortet wird, denn es heisst: „Non pertinet". Opponitur ff. eod. l. Divus [13] in princ. Respō. ibi contemplatione militiae, puta quia eunti ad castra — —; et sic idem est in hereditate, quod in re mobili, et est ratio, quia hereditas, cum sit universitas, mobilia in se continet. Man darf aber annehmen, dass die meisten Juristen jener Zeit in gleichem Sinn entschieden haben, weil sie überhaupt den iens in militiam dem ipso actu militans völlig gleichzusetzen pflegen (S. Anm. 12). Feste Belege sind dafür freilich schwer beizubringen; man lese aber z. B. die ganze Ausführung des Bartolus zu der L. 8 D. h. t. nr. 1—3 unter Vergleichung der dort angezogenen Stellen und beachte schliesslich in nr. 3 a. E. die zweimal vorkommenden Worte: donatae *vel relictae*. Spätere Anhänger der nämlichen Meinung sind Lauterbach, Colleg. XV, 1 §. 7 vbd. §. 8, XLIX, 17 §. 3 (Si vero filiof. militi *vel in militiam abeunti* ob affectionem vel cognitionem castrensem *hereditas delata sit*) und §. 4, Brunnemann ad L. Si filiusf. (2) D. h. t. nr. 1, Hofacker, Princ. iur. civ. §. 567, Hänsel, Bemerkungen und Excurse I. S. 379. — Die richtige Ansicht, dass bloss Geschenke hierher gehören, wird unter andern vertreten von Angelus Aretinus in §. 1 I. per quas pers. nr. 10, Meier, Coll. Argent. XLIX, 17 §. 4. I., Retes cap. II. §. 16 (p. 246), Majansius §. 1 (p. 257), Thibaut, System des Pandektenrechts. 8. Ausg. §. 250, Marezoll S. 110, Vangerow, Lehrb. der Pand. §. 234.

propinquis vel amicis donatae sunt. — — In castrensi vero peculio *praedium donatum non esse constat.*

L. 4 C. fam. erc. 3, 36: Praedia autem, licet *eunti tibi in castra* filio pater donaverit, peculii castrensis non sunt.[3]

Hingegen steht durch die nämlichen und durch mehrere andere Stellen nicht minder unzweifelhaft fest, dass nichts darauf ankommt, von was für Personen die Schenkung herrührt, ob von den Eltern, der Ehegattin, Verwandten oder Freunden.[4] Und es ist noch der Bemerkung werth, dass nach der L. 4 pr. D. h. t. 49, 17 (S. 78) von Seite des Vaters und Gewalthabers gar nicht einmal ein positiver Schenkungsact erfordert wird, sondern dass es genügt, wenn mit seiner Zulassung der Sohn etwas zum Heere mitnimmt. Wir haben dabei in erster Reihe an Stücke des gewöhnlichen Peculiums zu denken, und man sieht also, dass, was immer der Haussohn ohne Einsprache seines Gewalthabers von seinem Peculium mit in das Lager gebracht hat, sich in castrensisches Peculium verwandelt.

Doch ich habe damit bereits einer Frage vorgegriffen, die jetzt erst noch der Erörterung bedarf. Nämlich der Frage, ob es hinreiche, dass dem Haussohn bei seinem Abgange zum Heer eine bewegliche Sache geschenkt werde, oder ob das Geschenk, um in das castrense peculium zu fallen, mit dem Kriegsdienste noch in irgend einer weitern Beziehung stehen müsse. Das Uebergewicht der Meinungen ist von jeher auf der letztern Seite gewesen; nur herrscht freilich darüber keine Einhelligkeit, wie

---

3) Vgl. auch noch die L. 4 pr. D. h. t. 49, 17, die L. 6 D. eod. und die L. 23 §. 2 D. de fideic. lib. 40, 5, wo überall nur von beweglichen Sachen die Rede ist. — Der durch alle diese Stellen bewiesene Satz ist hier einer von den wenigen, die von jeher im ganzen streitlos gewesen sind. Ich kann freilich nur sagen: im ganzen; denn mindestens unter gewissen Voraussetzungen werden von einzelnen doch auch Grundstücke zugelassen. Man vergleiche Retes cap. II. §. 16 (p. 246), Majansius §. 1 (p. 257). S. §. 8 Anm. 3 und 7.

4) Die erwähnten weitern Stellen sind die L. 3 C. de bon. proscr. 9, 49, die L. 4 pr. D. h. t. 49, 17 und die L. 23 §. 2 D. de fideic. lib. 40, 5, in denen als Schenker gleichfalls der Vater, die L. 3 §. 4 D. de donat. int. V. 24, 1, in welcher als Schenkerin die Mutter, endlich die L. 6 D. h. t. 49, 17, in der als Schenkerin die Ehefrau vorausgesetzt wird.

dieser Zusammenhang beschaffen sein müsse. Es lassen sich im ganzen dreierlei Ansichten unterscheiden, welche indessen keinesweges scharf gesondert neben einander herlaufen, sondern die vielmehr in den mannigfaltigsten Uebergängen die eine in die andere hinüberspielen. Während die einen Geschenke von Waffenstücken oder sonstigen für den Kriegsdienst tauglichen Gegenständen erheischen,[5] erfordern die andern in einer allerdings nicht besonders klaren Weise bloss, dass die Schenkung mit Rücksicht auf den Kriegsdienst gemacht sei,[6] und eine dritte

---

5) Diese Ansicht, welche schon diejenige der Glosse gewesen zu sein scheint (glo. Detulit ad L. 4 D. h. t.), ist in dem ganzen spätern Mittelalter die herrschende geblieben. Man vergleiche Cinus ad L. 4 C. fam. erc., Io. Faber in Inst. per quas pers. §. Igitur in princ. (mit Berufung auf Dinus), Bartolus ad L. 8 D. h. t. nr. 1—3, Lucas de Penna ad L. 1 C. h. t. in verb. A matre, welcher folgende Regel giebt: Cum non notus (sc. ex causa militiae) donat, tria sunt necessaria ad hoc, ut donata efficiantur castrensia: quod donetur res habilis ad militiam, quod eunti ad castra et quod contemplatione militiae. Ferner Salicetus ad L. 4 C. fam. erc., Raphael Fulgosius ibid., Ioannes de Platea ad L. 1 C. h. t. verss. Secundo nota rel. et Quod tamen rel., Paulus de Castro ad L. 4 C. fam. erc. nr. 4, Sichard ibid. nr. 3 und 7, Donellus, Comment. de iure civ. lib. IX. cap. 5 nr. 9, Majansius §. 1 (p. 257), Hänsel, Bemerkungen und Excurse I. S. 379. Es wird nicht überflüssig sein daran zu erinnern, dass mehrere der genannten Schriftsteller zwischen Zuwendungen an einen filiusfamilias iens ad castra und an einen filiusfamilias ipso actu militans überall nicht unterscheiden. S. Anm. 2 und 12.

6) Hierher scheint bereits Angelus Aretinus zu gehören, wenn er zu dem §. 1 I. per quas pers. nr. 10 sagt: Castrense peculium est, quidquid a patre vel a matre, coniunctis et amicis filio eunti ad castra *pro militando* mobile donatum est; item rel. Ferner gehört hierher Enenkel, De privil. milit. lib. II. priv. XXIII. nr. 24 (er verlangt, dass expresse militiae causa geschenkt sei), Hofacker, Princ. iur. civ. §. 567. II. 2 („res intuitu militiae donatae"), Curtius, Handbuch des chursächs. Civilrechts („was der Vater oder die Mutter oder andere Anverwandte dem in Kriegsdienste tretenden Sohne zu diesem Behuf geschenkt haben"). Kann es bei diesen Schriftstellern schon recht fraglich sein, ob sie sämmtlich an einen bewussten Gegensatz zu der vorigen Meinung gedacht haben, so wächst die Schwierigkeit, wo, wie dieses in neuerer Zeit vielfach geschieht, eine Gabe „zur Equipage", „Ausrüstung" oder „Ausstattung" erfordert wird. Diese Ausdrucksweise geht, so viel ich sehe, auf Höpf-

Partei endlich meint, wenn einem Haussohn bei seinem Abgange zum Heer bewegliche Sachen geschenkt würden, so streite allemal eine Vermuthung dafür, dass die Zuwendung wegen des Kriegsdienstes geschehen, und diese Vermuthung komme zur Geltung, so oft ihr die Art und Natur der geschenkten Sachen nicht geradezu widerstreite.[7]

Bei genauerer Betrachtung kann man keiner dieser Ansichten beitreten. Ein innerer Zusammenhang mit dem Kriegsdienste in dem Sinne, wie sie ihn verlangen, ist in keiner Weise erforderlich. Vielmehr werden die beweglichen Sachen, welche ein Haussohn bei seinem Eintritt ins Heer als Geschenke erhält, von den Quellen überall unbedingt zu dem castrense peculium gerechnet.[8] Zwar ist die Vermehrung des castrense peculium um diesen zweiten Hauptbestandtheil vermuthlich aus der Erwägung hervorgegangen, dass der Haussohn dergleichen Geschenke in der Regel auch seinem Kriegsdienste verdanke. Man mochte dabei an die auch in unserer Zeit noch lebendige Sitte denken, einem nahen Angehörigen aus Anlass seines Scheidens zu dauernder Entfernung oder seines Eintrittes in eine neue wichtige

---

ner's Commentar §. 427 zurück, und sie findet sich sodann unter andern bei Glück, Commentar II. §. 136, Göschen, Vorlesungen §. 730. I. 1, Puchta, Vorlesungen §. 435, Sintenis, Pract. gem. Civilrecht §. 141. II., Arndts, Pandekten §. 431, Keller, Pandekten §. 416, Kuntze, Cursus des röm. Rechts §. 938. 2. a.

7) Von einer solchen Vermuthung reden schon Odofredus ad Auth. Ex testamento C. de collat. nr. 3, 4, womit auch zu vergleichen Odofr. in L. Si donatione C. eod. nr. 3, 6 und in L. 4 C. fam. erc., und Ioannes de Platea ad L. 1 C. h. t. vers. Quod tamen rel. Ferner Retes cap. II. §. 16 (p. 246), Lauterbach, Colleg. XV, 1 §. 8, XLIX, 17 §. 2, 3 (er dehnt freilich die Vermuthung auf alle Geschenke beweglicher Sachen an einen filiusf. iens in militiam oder *miles* aus), Günther, Princ. iur. rom. §. 453, Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechts I. (1826) §. 187 Anm. 1 (S. 685). Am meisten ist diese Vermuthungstheorie ausgebildet von Marezoll S. 110 ff., dem sich Holzschuher, Theorie und Casuistik §. 67. 3. a. allenthalben anschliesst.

8) L. 1 C. h. t. 12, 37 (S. 74); L. 23 §. 2 D. de fid. lib. 40, 5 verb.: cetera, quae pater in militiam profecturo filio donavit, Paul. III, 4 A. §. 3, L. 3 C. de bon. proscr. 9, 49, L. 3 §. 4 D. de donat. int. V. 24, 1.

Lebensstellung einen Liebesbeweis durch Geschenke zu geben. Allein zu einer bedingenden Voraussetzung machte man das Dasein und die Erweisbarkeit irgend einer besondern Verbindung mit dem Kriegsdienste nicht; sondern man begnügte sich statt aller weiterer Erfordernisse damit, dass der Haussohn eine ihm geschenkte bewegliche Sache zu dem Heere mit sich nimmt. Und dieses freilich ist nöthig, um die Sache zu einem Bestandtheil des castrense peculium zu machen. Es folgt nicht nur aus der ganzen Natur des Verhältnisses, sondern es wird auch noch äusserlich und positiv bewiesen durch den Ausspruch Tertullian's in der L. 4 pr. D. h. t. 49, 17:

> Miles praecipua habere debet, quae *tulit secum in castra* concedente patre.

Man durfte sich um so viel eher mit diesen einfachen Merkmalen begnügen, als man ja laut der Stelle annahm, dass die Erlaubniss des Gewalthabers, eine Sache zu dem Heere mit zu nehmen, jedenfalls über alle Schwierigkeiten hinweg helfe und jeden Zweifel, der sonst vielleicht hätte auftauchen können, beseitige. Weil man aber nichts weiter verlangte, als dass der Haussohn eine ihm geschenkte Sache zu dem Heere mitnehme, und bei dem Vorhandensein dieses Erfordernisses nicht danach fragte, ob jener das Geschenk nicht vielleicht auch ohne seinen Heerdienst erhalten haben würde: so erklärt sich leicht, weshalb die unter den zweiten Hauptbestandtheil des castrense peculium fallenden Sachen nicht zu den in Folge des Kriegsdienstes (per occasionem militiae) erworbenen gerechnet wurden. (S. 26.) [9]

Der Satz, dass nur diejenigen dem Haussohn bei seinem Abgange zum Heer geschenkten Sachen in das castrense peculium kommen, die er zu dem Heere mitnimmt, enthält auch die einfache

---

9) Die richtige Ansicht, dass alle dem Haussohn bei seinem Abgange zum Heer geschenkte bewegliche Sachen castrense peculium werden, findet sich bei Meier, Coll. Argent. XLIX, 17 §. 4. I.; Bachov ad Instit. II, 9 per quas personas §. 2 nr. 2 (Francof. 1628 p. 387); Günther, Princ. iur. rom. §. 459; Schweppe, Das röm. Privatr. §. 650; Thibaut, Syst. d. Pandektenr. 8. Ausg. §. 250; Wening-Ingenheim, Lehrb. d. gem. Civilr. 5. Aufl. §. 390 (Bd. III. S 78); Vangerow, Lehrb. d. Pand. §. 234; Heimbach in Weiske's Rechtslexikon VII. S. 867; Mackeldey's Lehrb. d. röm. R. 14. Ausg. v. Fritz. §. 557.

Erklärung des Umstandes, dass von dem zweiten Hauptbestandtheil des castrense peculium Grundstücke unbedingt ausgeschlossen sind, und es ist nicht nöthig, dafür erst noch nach besondern, weit hergeholten innern Gründen zu suchen. Ferner giebt er uns aber den Schlüssel zu einer befriedigenden, und sogar zu der einzigen befriedigenden Erklärung einer Stelle, die Marezoll S. 113 ganz vornehmlich als einen Beweis für die oben geschilderte Vermuthungstheorie anführt. Ich meine den zweiten Theil der L. 6 D. h. t. 49, 17. Ulpian hat erst gesagt, wenn einem *miles* filiusfamilias seine Ehefrau einen Sklaven zur Freilassung schenke, so sei das Geschenk dem castrense peculium nicht beizuzählen, weil sich die Frau nicht als Bekannte von dem Kriegsdienste her betrachten lasse. Nun fährt er so fort:

> Plane si mihi proponas, *ad castra eunti* marito uxorem servos donasse, ut manumittat *et habiles ad militiam libertos habeat*, potest dici, sua voluntate sine patris permissu manumittentem ad libertatem perducere.

Warum sagt der Jurist, dass die Schenkung geschehen, um dem Haussohn zum Kriegsdienste taugliche Freigelassene zu verschaffen? Marezoll meint, um ihr die erforderliche innere Beziehung zu dem Kriegsdienste zu geben; denn ohne jene besondere Bestimmung hätten Sklaven und Freigelassene gar nichts mit der militia gemein. Allein, irre ich nicht, so geräth hier Marezoll in Streit mit seiner eigenen Theorie. Denn dieser zufolge soll von allen bei dem Abgange zum Heer gemachten Geschenken gesetzlich vermuthet werden, dass sie occasione militiae geschehen, falls nur die besondere Natur der geschenkten Sachen dieser Vermuthung nicht geradezu widerspreche. Aber ist dieses letztere hier der Fall? Kann man sagen, dass die besondere Natur der Sklaven und Freigelassenen der zu vermuthenden Absicht einer occasione militiae gemachten Schenkung geradezu widerspreche, wenn sie, wie Marezoll selbst einräumt, die erforderliche Beziehung zu dem Kriegsdienste schon einfach dadurch erhalten können, dass sie geschenkt werden mit der Bestimmung, dem Haussohn als dienende Begleiter zum Heer zu folgen? Müsste man nicht vielmehr, von Marezoll's Vordersätzen ausgehend, diese Bestimmung allemal im Zweifel ver-

muthen? Mir däucht, die Antwort kann nicht zweifelhaft sein. Und zum Ueberflusse hätte Marezoll aus der L. 23 §. 2 D. de fideic. lib. 40, 5 (S. 37) positiv entnehmen können, dass Sklaven, wenn sie dem Haussohn bei seinem Abgange zum Heer geschenkt und, wie wir auf Grund der L. 4 pr. cit. hinzufügen müssen, von ihm zu dem Heere mitgenommen werden, ohne jede weitere Voraussetzung zu dem castrense peculium gehören.

Wir müssen uns also für Ulpian's Verfahren nach einem andern Erklärungsgrund umthun. Es macht aber, sobald man nur einmal auf dem richtigen Standpunkte steht, ganz und gar keine Schwierigkeit, ihn zu finden. Ulpian setzt nämlich, dass die Schenkung geschehen, um dem Haussohn für den Heerdienst brauchbare Freigelassene zu verschaffen, einfach zu dem Ende voraus, um damit anzudeuten, was sich ausserdem bei einer Schenkung zu dem Behufe der Freilassung nicht so ohne weiteres hätte annehmen lassen, dass der Haussohn die Menschen zum Heere mitnehmen soll und wirklich mitnimmt. Dieses ist für ihn die bestimmende Rücksicht, sie dem castrense peculium zuzusprechen.[10]

10) Wir haben uns in dem Sinne des Juristen den weitern Verlauf wohl so zu denken, dass der Ehemann und Haussohn die Sklaven als solche zum Heer mitnimmt und dort freilässt. Hat aber ein Ehegatte dem andern einen Sklaven zu dem Zwecke der Freilassung geschenkt, so erwirbt der beschenkte Ehegatte das Eigenthum des Sklaven in dem Augenblicke, da der Freilassungsact beginnt: L. 7 §. 8, 9 D. de donat. int. V. 24, 1. Nun war in dem gegebenen Fall der Schenkungsact selbst bei dem Abgange des beschenkten Ehemannes zum Heer geschehen. Man kann daher sagen, so folgert Ulpian, dass letzterer mit dem Beginne des Freilassungsactes das Eigenthum der Sklaven für sich und in sein castrense peculium, nicht für seinen Gewalthaber erwerbe. Daraus ist es dann eine Consequenz, dass dieser Freilassungsact den Sklaven die Freiheit verschafft, auch wenn ihn der Haussohn ohne Erlaubniss seines Gewalthabers vorgenommen. Man sieht, der Fall ist gar nicht so einfach, als er auf den ersten Anblick erscheinen mag, und Ulpian's vorsichtige Aeusserung: *potest dici*, sua voluntate sine patris permissu manumittentem ad libertatem perducere ist daher sehr wohl zu begreifen. Wenn übrigens in der Stelle überall eine Schenkung zu dem Zwecke der Freilassung vorausgesetzt wird, so hat dieses darin seinen Grund, weil sonst zwischen Mann und Frau die Schenkung nicht gültig sein würde. Vgl. Savigny, System des heutigen röm. Rechts. IV. S. 61.

Eine letzte Frage ist, ob die Schenkung an den Haussohn gerade bei seinem ersten Eintritt in den Soldatenstand erfolgt sein müsse, oder ob es hinreiche, dass er bei dem Empfange des Geschenkes im Begriffe stehe, einen Feldzug anzutreten und deshalb zum Heer in das Lager abzugehen, gesetzt auch dass er schon länger Soldat, und dass dieser Feldzug nicht sein erster, sondern ein zweiter oder ein fernerer sei. Marezoll und, ihm folgend, mehrere spätere Schriftsteller entscheiden sich für das zweite.[11] Ganz sicherlich aber muss man sich für das erste erklären. Und zwar aus folgenden Gründen.

Erstens müssen schon die Ausdrücke: iens in militiam, in castra oder ad castra, proficiscens ad militiam, oder in militiam profecturus einen jeden, der sie unbefangen ansieht, zunächst auf den Gedanken an den ersten Eintritt in den Kriegsdienst leiten. Will man aber auch zugeben, dass diese Ausdrücke nicht unzweideutig sind, so findet sich doch zweitens, dass in der L. 6 D. h. t. 49, 17 der filiusfamilias ad castra iens sehr scharf und bestimmt dem miles filiusfamilias entgegengesetzt wird. Bildet der iens in militiam den Gegensatz zu dem miles, so kann bei jenem durchaus nur an einen zum ersten Mal in den Soldatenstand eintretenden gedacht werden. Dazu kommt endlich drittens, und hievor müssen die letzten Zweifel weichen, dass die Basiliken XLVIII, 4, 23 die Worte in militiam profecturo der L. 23 §. 2 D. de fideic. lib. 40, 5 mit μέλλοντι στρατεύεσθαι (i. e. militaturo) wiedergeben, und dass der Kaiser Alexander in der L. 3 C. de bonis proscript. 9, 49 das castrense peculium eines Haussohnes in einem Rescript an den Vater desselben seinen beiden Hauptbestandtheilen nach bezeichnet als peculium, quod in castris acquisivit, vel quod ei *militaturo* donasti.[12]

---

11) Marezoll, S. 111, Vangerow, Lehrbuch der Pand. §. 234, Heimbach in Weiske's Rechtslexikon Bd. VII. S. 867, Holzschuher, Theorie und Casuistik §. 67. 3. a., Mackeldey's Lehrb. des röm. R. 14. Ausg. von Fritz §. 557. Die drei zuletzt genannten sprechen sich zwar nicht mit voller Bestimmtheit aus; da sie sich aber auf Marezoll berufen, so darf man annehmen, dass sie auch hierin seiner Ansicht beitreten.

12) Man vergleiche auch noch die L. 35 §. 9 D. ex quib. caus. mai. 4, 6 (Paulus): Et dum *eat in castra* et redeat, reipublicae causa abest, quod et *eundum sit in castra militaturo* et redeundum. Vivianus scribit,

Wir finden, dass das castrense peculium in seinem zweiten Hauptbestandtheil enthält alle beweglichen Sachen, welche dem

---

Proculum respondisse, militem, qui commeatu absit, dum domum vadit aut redit, reipublicae causa abesse, dum domi sit, non abesse. Hier wird, wie man sieht, der iens in castra als militaturus ganz scharf von dem bloss aus Urlaub zurückkehrenden Soldaten geschieden. — Die richtige Ansicht in Betreff dieser Frage haben Retes cap. II. §. 16 (p. 246), Glück, Commentar II. §. 136, Curtius, Handbuch des chursächs. Civilrechts §. 164, Schweppe, Das röm. Privatrecht §. 650, Hänsel, Bemerkungen und Excurse I. S. 379, Thibaut, System des Pandektenrechts. 8. Ausg. §. 250, Wening-Ingenheim, Lehrbuch des gem. Civilrechts. 5. Aufl. §. 390 (Bd. III. S. 78). Dass unter dem iens in militiam der allererst in Kriegsdienste eintretende zu verstehen, lehren auch Lauterbach, Colleg. XV, 1 §. 7, 8, XLIX, 17 §. 3, 4, Hofacker, Princ. iur. civ. §. 567 und Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechts §. 565, obwohl sie Zuwendungen an den iens in militiam und an den miles auf völlig gleiche Linie stellen. Bei vielen, wie z. B. bei Majansius §. 1 u. 3 (p. 257, 259), bleibt die Meinung ungewiss. Und von den Juristen des Mittelalters darf man eine bestimmte Stellung zu der Frage gar nicht erwarten. Um deswillen nicht, weil sie, wie sich im vierten Buche ergeben wird, unter miles nicht jeden Kriegsmann, sondern dem Sprachgebrauche der damaligen Zeit entsprechend, nur einen Ritter verstanden. Diese milites waren aber nicht, wie die römischen milites der Kaiserzeit, ständig bei den Fahnen, sondern sie wurden nur zeitweilig zur Heeresfolge aufgeboten. Nun setzte der gänzlich ungeschichtliche Sinn des Mittelalters die eigenen Zustände und Einrichtungen auch in allen frühern Zeiten voraus, und so wird es vollauf erklärlich, dass die mittelalterlichen Juristen die Aussprüche des römischen Rechtes über das, was einem filiusfamilias iens in militiam geschenkt wird, ganz unbefangen auf den filiusfamilias *miles* iens ad expeditionem oder ad castra beziehen. So z. B. Odofredus ad L. 4 C. fam. erc., ad Auth. Ex testamento C. de collat. nr. 3, 4, ad L. Si donatione [13] C. eod. nr. 36, Lucas de Penna ad L. 1 C. h. t. in princ. in verb. Eunti et A matre, sub fin. in verb. Esse non constat. Ueberhaupt machen sie zumeist zwischen Zuwendungen an einen filiusfamilias iens ad castra und an einen filiusfamilias ipso actu militans gar keinen Unterschied. Vgl. schon Azo, Summa Cod. III, 36 fam. erc. nr. 18 und Lectura in L. 4 C. fam. erc. (p. 236). Ferner Cinus ad L. 4 C. fam. erc., Ioannes Faber in tit. I. per quas pers. §. Igitur in princ., Bartolus ad L. 8 D. h. t. nr. 1—3, Salicetus ad L. 4 C. fam. erc., Ioannes de Platea ad L. 1 C. h. t. vers. Secundo nota rel. et Quod tamen rel., Paulus de Castro ad L. 4 C. fam. erc. nr. 4. Die nämliche Lehre findet sich sodann auch noch bei Sichard ibid. nr. 3, Donellus, Comment. de iure civ. lib. IX. cap. 5 nr. 9, Harpprecht

Haussohn bei seinem erstmaligen Eintritt in den Kriegsdienst von irgend jemandem geschenkt und von ihm zum Heere mitgenommen werden.

§. 11.

Als ein fernerer selbständiger Bestandtheil des castrense peculium wird auf gleicher Linie mit den genannten gewöhnlich auch noch aufgeführt, was mittels des vorhandenen castrensischen Vermögens weiter erworben wird. Allein diese Darstellung ist nicht ganz genau. Denn in Wahrheit haben wir es hier nicht mit einem neuen selbständigen begründenden Elemente des castrense peculium zu thun, sondern nur mit blossen Producten seines natürlichen Entwickelungs- und Lebensprocesses. Das castrense peculium ist nämlich nicht eine blosse Summe einzelner Vermögensstücke, sondern es wird, wie die L. 20 §. 10 D. de H. P. 5, 3 zum Ueberfluss ausdrücklich bezeugt, gleich dem gewöhnlichen peculium aufgefasst als eine universitas, das heisst als ein einheitliches Vermögensganzes, welches unbeschadet seiner begrifflichen und juristischen Identität eines Wechsels der einzelnen Bestandtheile, einer Vermehrung oder Verminderung, also eines fortschreitenden organischen Lebens fähig ist.[1]

---

ad pr. I. per quas personas nr. 6, Brunnemann ad L. 2 D. h. t., Lauterbach, Hofacker und Mühlenbruch an den angeführten Orten. Es erhellt, dass die Anschauung des Mittelalters, obschon sie mit mittelalterlichen, längst vergangenen Verhältnissen zusammenhing, bis auf die neueste Zeit herunter ihre Fortwirkungen geäussert hat.

1) Hierin besteht überall der Begriff und das Wesen einer universitas: in irgend einer Weise zusammengesetztes Ganzes, aufgefasst als ein selbständiges, besonderes, von den jeweiligen Bestandtheilen unabhängiges Ding, ein Ganzes also, das zwar in einem jeden gegebenen Augenblicke aus den dann vorhandenen Theilen besteht, aber dennoch mit der Summe derselben begrifflich nicht zusammenfällt, weil seine Identität und begriffliche Fortdauer durch einen Wechsel der Bestandtheile nicht angetastet wird. Eine solche Fortdauer der Identität des Ganzen trotz beständigen Wechsels der einzelnen Theile ist aber namentlich das eigenthümliche und auszeichnende der organischen Wesen. Wir dürfen daher mit vollem Recht eine jede universitas mit einem organischen Wesen vergleichen. Und dieses geschieht schon von den Römern. So findet sich in der L. 40 D. de pecul. 15, 1 von Marcian ein durchgeführter Vergleich des Peculiums mit dem Menschen: Peculium nascitur, crescit, decrescit,

Eine nothwendige Folge ist, dass alles, was in dem Verlaufe und zufolge dieser organischen Entwickelung erworben wird, in das castrense peculium eintreten, umgekehrt alles, was in ihrem Verlaufe und Gefolge ausgeschieden wird, aus dem castrense peculium heraustreten muss. Demgemäss wird zu Bestandtheilen des castrense peculium im einzelnen folgendes:

1) Alle Früchte und sonstige Erzeugnisse castrensischer Sachen, überhaupt alles commodum derselben, und zwar sowohl das accessorische, als das stellvertretende commodum.[2] Wenn z. B. der Niessbrauch, den ein anderer, und wäre es selbst der Gewalthaber, an einer castrensischen Sache hat, aus irgend einem Grunde, etwa durch Nichtausübung, erlischt, so hat jetzt der Haussohn das volle Eigenthum in seinem castrense peculium.[3] Ferner umfasst dieses alle Ansprüche aus Delicten, welche in Ansehung castrensischer Sachen verübt worden sind, wie z. B. die actio furti wegen Entwendung solcher Sachen u. s. w.[4]

2) Zu dem castrense peculium gehört auch, was castrensische Sklaven irgendwie erwerben, sei es aus letztwilliger Zuwendung, sei es durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, wie z. B. durch Stipulation oder Tradition. Auch kommt es bei einem Erwerb unter Lebenden durchaus nicht darauf an, ob er gerade in Rücksicht auf das castrense peculium und mit castrensischem

moritur, et ideo eleganter Papirius Fronto dicebat, peculium simile esse homini. Und noch bestimmter wird auf die Analogie einer jeden universitas mit einem organischen Wesen hingewiesen von Alfenus in der L. 76 D. de iudiciis 5, 1, einer Stelle, welche sehr viel grössere Beachtung verdient, als ihr gemeiniglich zu Theil wird. — Dass das peculium und insbesondere das castrense peculium in diesem Sinn eine universitas sei, lehrt auch Mühlenbruch in seiner bekannten Abhandlung über die sog. iuris und facti universitates in dem Archiv für civilist. Praxis XVII. S. 351, 354 ff., 362 fg., 372. Ganz überzeugend aber wird es nachgewiesen von Mandry, Ueber Begriff und Wesen des Peculium (1869. 4.) S. 43 ff.

2) Die Ausdrücke in dem Sinn und nach dem Vorgange von Friedr. Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrechte. Heft I. (1859).

3) L. 15 §. 4 D. h. t. 49, 17 (Papin.). Retes cap. II. §. 17 (p. 246).

4) L. 52 §. 6 D. de furtis 47, 2 (Ulp.) In allen diesen Stücken gelten bei dem gewöhnlichen peculium völlig gleiche Grundsätze: Mandry S. 43 fg.

Geld, überhaupt also ex causa peculii castrensis, gemacht worden ist, oder nicht. In dem letzten Fall kommt er gar nicht minder, als in dem ersten, zu dem castrense peculium.[5] Auf der andern Seite geht aber auch die Noxalklage aus Delicten solcher Sklaven bloss gegen den Sohn, nicht gegen seinen Gewalthaber.[6]

3) Nicht eben so einfach liegt die Sache bei Erwerbhandlungen des Haussohnes selbst. Sie können nämlich eine Vermehrung des castrense peculium nicht unbedingt bewirken, sondern nur dann, wenn sie gerade in Rücksicht auf dasselbe vorgenommen sind und also als Verwaltungshandlungen in Ansehung des castrense peculium erscheinen. Denn, da der Haussohn neben dem castrense peculium auch ein gewöhnliches peculium haben kann, und überhaupt neben der besondern Stellung, die er zu dem castrense peculium einnimmt, die gewöhnliche Rechtsstellung eines Haussohns in allen andern Stücken beibehält: so vermag er eine Bewegung und Veränderung in dem castrense peculium allein durch solche Handlungen hervorzubringen, die sich gerade auf diese Vermögensmasse beziehen, nicht durch solche, zwischen denen und dem castrense peculium eine jede Verbindung und Beziehung fehlt.[7] Darum sind hier vor allen Dingen

---

5) Wegen letztwilliger Zuwendungen vgl. L. 19 §. 1 D. h. t. 49, 17 (Tryphon.) und L. 18 pr. D. eod. (Maecian.); wegen der Erwerbungen unter Lebenden: L. 15 §. 3 vbd. mit §. 1, 2 D. eod. (Papin.) und Paul. II, 21 A. §. 8. In Betreff des ganzen: Retes cap. II. §. 18 (p. 246). Auch hier zeigt das gewöhnliche peculium eine Analogie, da sogar zu dem peculium eines Sklaven der Arbeitsverdienst seiner vicarii gehört: L. 31 D. de cont. emt. 18, 1.

6) L. 52 §. 4 D. de furt. 47, 2 (Ulp.). Vgl. L. 18 §. 5 D. h. t. 49, 17 (Maecian.).

7) Auch in der L. 15 §. 1—3 D. h. t. 49, 17 wird der im Text ausgesprochene Satz von Papinian durch die Erwägung begründet, dass der Haussohn, der ein castrense peculium hat, „duplex ius sustinet, patris et filii familias". Vgl. auch Retes cap. II. §. 19 (p. 246). Die Analogie des gewöhnlichen peculium ist hier so offensichtlich, dass ich kaum nöthig habe, besonders darauf aufmerksam zu machen. S. Mandry S. 46 ff. Das Erforderniss eines Erwerbes ex causa peculiari wird von diesem Schriftsteller dahin bestimmt, dass der Erwerb mit dem vorhandenen peculium in einem materiellen Zusammenhange stehen müsse. Mir scheint der im

auszuscheiden unentgeltliche Erwerbungen, dergleichen sich nie als Verwaltungshandlungen betrachten lassen und daher immer nur nach Maassgabe der in den vorigen Paragraphen entwickelten Grundsätze castrensische Vermögensstücke erzeugen können. Aber selbst von den entgeltlichen fallen in das castrense peculium bloss diejenigen, welche gerade in Rücksicht und Beziehung auf dieses peculium oder, wie die Römer sagen, ex causa peculii castrensis gemacht sind. Den Beweis liefert folgender Ausspruch Papinian's in der L. 15 §. 1 D. h. t. 49, 17 (lib. XXXV. Quaest.):

> Si stipulanti filio spondeat (sc. pater), *si quidem ex causa peculii castrensis*, *tenebit stipulatio*, ceterum ex qualibet alia causa non tenebit.

Als erworben ex causa peculii castrensis und aus einer Handlung, die in Ansehung des castrense peculium als eine Verwaltungshandlung erscheint, wird aber allemal zu betrachten sein das Geld, welches durch Verkauf castrensischer Sachen erlöst wird. Und umgekehrt im Zweifel auch die Sachen, gleichviel ob Grundstücke oder bewegliche Sachen, die mit castrensischem Geld angeschafft werden.[8] Doch kann dieses letzte nur im Zweifel und für die Regel als richtig gelten; nämlich eben nur so lange, als sich die Annahme halten lässt, dass die Anschaffung der Sache eine Verwaltungshandlung in Betreff des castrense peculium gewesen. Hätte daher der Haussohn eine Sache mit bestimmter Rücksicht auf das gewöhnliche peculium gekauft,

---

Texte gewählte Ausdruck (Verwaltungshandlung in Ansehung des peculium) noch um etwas genauer und bezeichnender.

8) L. 1 in f. C. h. t. 12, 37 (Alexander): quamvis *emta ex castrensi peculio* praedia eius conditionis efficiantur. L. 42 §. 3 D. de acq. v. om. her. 29, 2 (Ulp.): Proponebatur filius a patre *de castrensi peculio* servos comparasse. L. 3 Th. C. de re milit. 7, 1 = L. 10 C. eod. 12, 36 (Constantius): servos etiam *de peculio castrensi emtos*. Vgl. auch L. 18 §. 4 D. h. t. 49, 17 (Maecian.). Manche, wie z. B. Baumgärtner (praes. Lyncker), De iurib. pecul. milit. P. I. memb. II. cap. II. §. 4 (p. 27), ziehen auch die bekannte Bestimmung der L. 8 C. de R. V. 3, 32 heran, wonach Soldaten die mit ihrem Geld erkauften Sachen vindiciren können. Mir scheint jedoch diese Bestimmung auf Erwerbhandlungen des Haussohnes selbst nicht anwendbar; und auf jeden Fall würde sie nur so lange anwendbar sein, als dieser Soldat ist.

als z. B. nothwendige Kleidungsstücke oder Nahrungsmittel für gewöhnliche Peculiarsklaven angeschafft, so dürfte diese Sache, und sollte sie selbst mit castrensischem Gelde bezahlt worden sein, nicht dem castrense peculium zugerechnet werden, sondern bloss dem gewöhnlichen peculium, und dem castrense peculium würde nichts weiter, als ein Ersatzanspruch gegen das gewöhnliche peculium, zuzuschreiben sein.[9]

Auf manches andere, was sich noch hierherziehen liesse, wird später die Erörterung der rechtlichen Behandlung des castrense peculium hinführen, weswegen ich hier davon Umgang nehmen darf.

---

9) Arg. L. 20 §. 1, L. 33 §. 1 D. de H. P. 5, 3. Man wird in solchen Fällen mindestens naturales obligationes zwischen dem castrense peculium und dem gewöhnlichen peculium annehmen müssen, wie sie in Fällen gleicher Art zwischen dem Vermögen des Gewalthabers und dem peculium seiner Sklaven oder Hauskinder angenommen werden. S. Mandry S. 54 ff. Jedenfalls wird der Haussohn, wenn ihm sein gewöhnliches peculium entzogen und abgefordert wird, dergleichen Ansprüche mittels Retention geltend machen können (schon aus dem Gesichtspunkte von Impensen). Aber selbst einer utilis negotiorum gestorum actio oder einer condictio sine causa dürfte kein gegründetes Bedenken im Wege stehen: arg. L. 49 D. de negot. gest. 3, 5, L. 14 §. 11, L. 32 pr. D. de religios. 11, 7, L. 50 §. 1 D. de H. P. 5, 3; L. 19 D. de donat. int. V. 24, 1, L. 39 D. de stip. serv. 45, 3. Vgl. Windscheid, Lehrb. d. Pandektenrechts. 2. Aufl. §. 421 Anm. 4 e. f. g. h., §. 424 Anm. 1 a. E., §. 431 Anm. 6, 17, 18. — Es ist einigermaassen auffallend, dass das hier besprochene Verhältniss zwischen dem castrense peculium und dem gewöhnlichen peculium in den Quellen gar nicht berührt wird. Die Ursache liegt ohne Zweifel darin, dass dergleichen Fragen wohl kaum jemals vor Gericht zur Sprache kamen. Denn wegen des oben S. 75 angegebenen Grundes mochte es zur Zeit der jüngsten klassischen Juristen ohnehin ziemlich selten sein, dass ein Haussohn als Soldat oder veteranus neben seinem castrense peculium auch noch ein gewöhnliches peculium hatte; war es aber der Fall, so wagte der Gewalthaber schwerlich je, ihm dieses peculium wider seinen Willen zu entziehen oder gar wegen der Auseinandersetzung mit dem castrense peculium sich mit ihm in einen Rechtsstreit einzulassen. Schon deshalb nicht, um nicht den Sohn zu erbittern und dadurch die Aussicht auf das castrense peculium zu verlieren. (S. 19.) Zudem aber hatte das Betreten des Rechtsweges gegen einen Soldaten für einen Nichtsoldaten überhaupt sein missliches. Vgl. Iuvenal. Sat. XVI. v. 8 sqq., L. 11 D. de alienat. iud. mut. causa 4, 7 (Ulp.), L. 8 §. 1 D. qui satisd. cog. 2, 8 (Paul.).

§. 12.

Durch die römische Jurisprudenz wurde der Begriff und das Recht des castrense peculium ausgedehnt auf den Fall, wenn sich ein Gewaltfreier als Soldat oder Veteran mittels Arrogation in fremde Gewalt begiebt. Was er nämlich, wenn er von Anfang an in fremder Gewalt gewesen wäre, als castrense peculium erworben haben würde, das soll nach der Arrogation ein castrense peculium für ihn werden. Es soll ihm also nach dem Rechte des castrense peculium zu freier Verfügung verbleiben, während sonst das Vermögen eines Arrogierten in die Hand des Gewalthabers kommt, nach klassischem Rechte zu Eigenthum, nach Justinianischem wenigstens zu Genuss und Verwaltung.

Diese ausdehnende Anwendung des Begriffes erhellt aus der L. 4 §. 2 D. h. t. 49, 17, einem Bruchstücke aus Tertullian's lib. singul. de castrensi peculio, welches folgendermaassen lautet:

> Si paterfamilias militiae tempore vel post missionem arrogandum se praebuerit, videndum erit, ne huic quoque permissa intelligatur earum rerum administratio, quas ante arrogationem in castris acquisierit, quamvis constitutiones principales de his loquantur, qui ab initio, quum essent filiifamilias, militaverint; quod admittendum est.[1]

Man bemerkt indessen, dass sich in dieser Stelle die Gleichsetzung mit dem castrense peculium auf diejenigen Erwerbungen beschränkt, welche dem ersten und ursprünglichen Hauptbestandtheil desselben, den acquisita in castris, entsprechen. Und wir müssen auch aus schon früher entwickelten Gründen annehmen, dass Tertullian in der That weiter nicht gehen, und auf die dem andern Hauptbestandtheil entsprechenden Erwerbungen die Gleichsetzung nicht mit erstrecken wollte. (S. 42.) In dem Justinianischen Rechte aber haben diese Gründe alles Gewicht verloren. Dass Tertullian den zu seiner Zeit erst hinzugekommenen zweiten Hauptbestandtheil des castrense peculium, die Geschenke bei dem Abgange zum Kriegsdienste, noch für etwas ganz singuläres und anomales ansah, was bei analogen Uebertragungen der

1) Man vergleiche auch noch die L. 23 D. de test. mil. 29, 1 aus dem nämlichen Werke Tertullian's und den §. 5 I. eod. 2, 11.

Grundsätze des castrense peculium nicht ohne weiteres mit inbegriffen werden dürfe, ist leicht erklärlich und hat nichts befremdliches. Dagegen ist dem Justinianischen Recht eine solche Ansicht völlig fremd. Es stellt vielmehr die beiden Grundelemente des castrense peculium überall als durchaus gleichberechtigt neben einander.

Unter diesen Umständen wird sich vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes eine erweiternde Auslegung der Stelle rechtfertigen lassen, wonach sie auf sämmtliche, dem vollen Inhalte des castrense peculium und seinem einen Hauptbestandtheil eben so wohl, als dem andern entsprechende Erwerbungen des später arrogierten bezogen wird. Und eine solche Art der Auslegung kann um so viel weniger als gewaltsam oder bedenklich erscheinen, da sich beobachten lässt, dass in dem Corpus iuris mehrfach der Ausdruck id quod filiusfamilias miles in castris acquisivit in ganz gleicher Bedeutung und einfach abwechselnd mit castrense peculium gebraucht wird. Wir finden dieses entschieden in dem princ. I. quib. non est perm. 2, 12, und können eine ähnliche Wahrnehmung auch in einem Gesetze Justinian's, der L. 37 §. 1 C. de inoff. test. 3, 28, machen. Offenbar legten also dieser Kaiser und seine Juristen jenem Ausdruck eine zwiefache Bedeutung bei: eine engere, worin er nur den einen Hauptbestandtheil, und eine weitere, in welcher er den Gesammtinhalt des castrense peculium umfasste. Muss dieses aber einmal zugegeben werden, so besteht gewiss aller Grund zu der Annahme, dass die Verfasser der Digesten in der L. 4 §. 2 D. cit. den Ausdruck nicht in dem engern, sondern in dem weitern Sinn verstanden, und dass sie die Stelle in diesem Verstande in das Rechtsbuch aufgenommen. Wir werden also durch jene erweiternde Auslegung nur ihrer eigenen vermuthbaren Willensmeinung gerecht. Ich für mein Theil bin für das Justinianische Recht von der Zulässigkeit und Richtigkeit dieser Auslegung so sehr überzeugt, dass ich gleich oben am Anfange des Paragraphen bei der Bezeichnung des Ergebnisses der Stelle von ihr ausgegangen bin.[2]

2) Damit scheint auch die gemeine Meinung übereinzustimmen. Vgl. Ant. Faber, Iurispr. Papin. tit. XI. princ. VI. ill. 8, Retes, cap. II.

§. 13.

Die bisherige Untersuchung hat für das spätere klassische und das Justinianische Recht als den möglichen Inhalt des castrense peculium folgendes herausgestellt:

1) Die Erwerbungen des Haussohnes im Kriegsdienste (acquisita in castris). Dahin wird aber gerechnet:

a) Sold, erlaubte Beute, Donative und überhaupt alles, was der Soldat als solcher ohne Rücksicht auf seine individuelle Persönlichkeit von dem Kaiser, von dem Feldherrn oder auch von andern Personen erhält. (§. 6.)

b) Alles, ohne Unterschied des Gegenstandes, was der Haussohn während seiner Dienstzeit aus freigebigen Zuwendungen (Erbeinsetzung, Vermächtniss oder Schenkung) von Seite solcher Personen erwirbt, mit denen er erst durch den Kriegsdienst in ein näheres Verhältniss getreten ist. (§. 7.)

c) Geschenke und Vermächtnisse von Waffenstücken und andern zur militärischen Ausrüstung oder Ausstattung gehörigen Sachen, gleichviel von was für Personen sie herrühren. (§. 8.)

d) Kraft singulärer Bestimmung endlich die testamentarische Erbschaft der Ehefrau des Haussohns, falls die Errichtung des Testamentes sowohl, als auch der Erwerb der Erbschaft während seiner Dienstzeit geschehen ist. (§. 9.)

2) Was dem Haussohn an beweglichen Sachen bei seinem Eintritt in den Kriegsdienst von irgend jemandem geschenkt und von ihm zum Heere mitgenommen wird. (§. 10.)

3) Alles, was mittels des vorhandenen castrensischen Vermögens und im Gefolge seiner Verwaltung weiter erworben wird. (§. 11.)

4) Diejenige Habe eines Arrogierten, die er als castrense peculium erworben haben würde, falls er schon zur Zeit des Erwerbes in fremder Gewalt gewesen wäre. (§. 12.)

---

§. 21 (p. 247), Göschen, Vorlesungen §. 722 a. E., §. 900, Keller, Pandekten §. 412, 416.

Die Erörterung dieser verschiedenen Stücke des castrense peculium hat aber zugleich den Beweis geliefert, und hierauf war es insbesondere bei den reichlichen Literaturangaben vornehmlich abgesehen, dass seit dem Mittelalter niemals eine Einigkeit über die Zusammensetzung des castrense peculium bestanden hat. Vielmehr war zu jeder Zeit fast über ein jedes einzelnes Stück Streit und Meinungsverschiedenheit. Man mühte sich fortwährend, den richtigen Sinn der scheinbar widerstreitenden Stellen des Corpus iuris zu finden, ohne doch je zu irgend einem anerkannten Abschlusse zu gelangen.

Unter solchen Umständen kann gar keine Rede davon sein, dass etwa durch eine Usualinterpretation der Inhalt des castrense peculium für das heutige gemeine Recht abweichend von dem Justinianischen Rechte festgestellt wäre. Sondern wir haben ihn auch für das heutige Recht nur nach Maassgabe des richtig verstandenen Justinianischen Rechtes zu bestimmen. Und so ist denn mit den obigen Ergebnissen bereits auch schon das geltende gemeine Recht gewonnen.

Hiemit kann ich von diesem Theil meines Gegenstandes Abschied nehmen und mich zu der Frage nach der rechtlichen Behandlung des castrense peculium wenden. Ich halte es für am zweckmässigsten, dabei zuvörderst in einem ersten Abschnitte die Entwickelung bis auf die Zeit des Severus Alexander zu untersuchen, sodann in einem zweiten die dogmatische Gestaltung zur Zeit dieses Kaisers, das heisst auf dem Höhepunkte der juristischen Ausbildung des Institutes, genauer aufzuweisen, und endlich in einem dritten seine weitere Entwickelung bis zu dem neuesten Justinianischen Rechte herunter zu verfolgen.

Zweites Buch.

Rechtliche Behandlung des castrense peculium.

Erster Abschnitt.

Die Entwickelung bis auf Severus Alexander.

---

§. 14.

Augustus hatte den Soldaten, welche noch Haussöhne waren, das Recht gegeben, über ihre Erwerbungen im Kriegsdienste zu testieren. Nerva und Trajan hatten dieses Privileg von neuem aufgenommen. Damit war es zu einem festen Rechtssatze geworden, mit welchem jetzt die Wissenschaft anfieng, sich zu beschäftigen. (§. 2.)

Wie sollte sie aber die solchergestalt ausgezeichnete Vermögensmasse beurtheilen? Nach einer ziemlich verbreiteten Vorstellung hätte sie alsbald und von dem ersten Anfang an das castrense peculium für ein eigenes Vermögen des Haussohnes angesehen, zu dem dieser ganz und gar die rechtliche Stellung eines paterfamilias einnehme. Nur in einem einzigen Punkte hätte sie noch einen Zusammenhang mit den alten Rechtsgrundsätzen über die Erwerbungen gewaltuntergebener Personen festgehalten. Nämlich darin, dass sie bei dem Tode des Haussohnes ohne Testament nicht eine Erbfolge in das castrense peculium hätte eintreten lassen, sondern dieses nach Peculienrecht, gleich einem gewöhnlichen Peculium, dem Gewalthaber zugesprochen. Dadurch habe sich denn auch noch immer der Name eines peculium gerechtfertigt.[1]

---

1) Vgl. z. B. Vinnius ad §. 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 1, Erb in Hugo's civilist. Magazin IV. S. 472 ff., Wening-Ingenheim, Lehrb.

Diese Vorstellung lässt sich unmöglich für richtig erkennen. Sie hat schon von vornherein mit einer grossen innern Unwahrscheinlichkeit zu kämpfen. Denn es ist doch gewiss im allerhöchsten Grade unwahrscheinlich, dass die Römer, die sonst so schonend und behutsam vorzuschreiten pflegten, gerade hier so ganz schroff und plötzlich mit festgewurzelten Anschauungen gebrochen haben sollten; dass sie, die eben noch im Einklange mit dem allgemeinen Rechtsbewusstsein den Hauskindern die Möglichkeit eines jeden eigenen Vermögens abgesprochen, nun auf einmal ohne weiteres den Erwerb im Kriegsdienste für ein vollkommen eigenes und freies Vermögen des Haussohnes gleich demjenigen eines paterfamilias sollten erklärt haben, und zwar auf Grund keines andern, als der blossen dem Haussohn verliehenen Befugniss, über einen solchen Erwerb ein Testament zu errichten. Gesetzt aber, sie hätten in Rücksicht auf den vermuthbaren kaiserlichen Willen diesen ungewöhnlichen Schritt gethan, so ist es noch weit unwahrscheinlicher, dass sie dann auf halbem Wege stehen geblieben sein sollten und gewissermaassen vor ihrer eigenen Kühnheit erschreckend es für nöthig

---

des gem. Civilrechts. 5. Aufl. §. 389 (Bd. III. S. 75), Göschen, Vorlesungen §. 727, Puchta, Pandekten und Vorlesungen §. 433. Ich bin dieser Ansicht schon in meiner Schrift über den Begriff der Rückziehung (1856) S. 11 Anm. 14 entgegengetreten und habe dort schon die hier genauer nachzuweisende geschichtliche Entwickelung angedeutet. Hiegegen hat aber neuerdings Mühlberg in seiner Inauguralabhandlung De peculio castrensi non retrotrahendo (Berol. 1866) besonders §. 17 (p. 60 sqq.) jene Ansicht wieder zu vertheidigen gesucht. Seine Gründe sind wenig überzeugend und zum Theil recht auffallend. So z. B. wenn er meint, es komme ganz auf dasselbe hinaus und sei ein rein theoretisches Spiel, ob man sage, das castrense peculium sei ein wahres peculium, worüber jedoch der Sohn die freieste Verwaltungsbefugniss habe, oder ob man ihm in Ansehung dieses Vermögens geradezu die Stellung eines paterfamilias zuschreibe. Der neueste Vertreter der im Texte bezeichneten Meinung ist Brinz, Lehrb. der Pandekten. II. Abth. II. Hälfte II. Lieferung (1869) S. 1184 ff., welcher sogar vermuthet, in den Constitutionen, die zu dem castrense peculium als einem selbständigen Rechtsinstitute den Grund gelegt, sei ausdrücklich verordnet worden, dass der filiusfamilias miles sein peculium castrense tanquam paterfamilias haben solle. Mehr auf meiner Seite steht Kuntze, Cursus des röm. Rechts (1869) §. 937 ff.

gehalten haben sollten, jenes Vermögen dennoch wieder unter gewissen Umständen wie ein gewöhnliches peculium zu behandeln. Doch ich will die innern Gründe nicht weiter häufen, denn es mangelt schon an äussern Gründen nicht, um jene Vorstellung vollständig zu widerlegen.[2]

1) Zuvörderst darf nicht übersehen werden, dass die Testierbefugniss über das castrense peculium ursprünglich und bevor sie Hadrian auch auf die veterani erstreckte, dem Haussohne nur während der Dauer seines Soldatenstandes zukam. (§. 2.) Schon dieser Umstand gestattete es nicht, ihm das castrense peculium gleich von Anfang an in Folge der verliehenen Testierbefugniss als ein eigenes Vermögen zuzuschreiben und ihm in Ansehung desselben die Stellung eines paterfamilias beizulegen. Denn mit welchem Rechte hätte man aus einer solchen bloss zeitweiligen und vorübergehenden Testierbefugniss ohne weiteres auf Eigenthum schliessen dürfen?

Dass man diesen Schluss aber auch wirklich nicht machte, erhellt

2) aus der feststehenden Thatsache, dass bis zu Hadrian's gegentheiliger Verordnung der Haussohn durch Freilassung castrensischer Sklaven sie nicht zu seinen eigenen, sondern zu Frei-

2) Zudem hat es mit innern Gründen für sich allein immer sein missliches. So könnte man mir z. B. die Erklärung von Erb a. a. O. entgegenhalten wollen, der den Gang der Ideen für das castrense peculium wörtlich so entwickelt: „Die Kaiser erlaubten den filiisfamilias, über ihren castrensischen Erwerb zu testieren; hieraus schloss man nun weiter: ein Testament ist aber eine Disposition de re *sua*, folglich ist (selbst ohne ausdrückliche Verordnung der Kaiser, schon durch jene Erlaubniss zu testieren) das peculium castrense ein suum des filiusf.; dies jedoch (denn existiert der Grund nicht, so existiert auch seine Folge nicht) nur insofern als er von diesem Rechte Gebrauch machen wird: ist es erst ausgemacht, dass er von diesem Rechte nicht mehr Gebrauch macht, so ist es nun so anzusehen, als sei dieser Erwerb, wie jeder andre, zu jeder Zeit im Eigenthume des Vaters gewesen." Diese Erklärung ist fein und liesse sich allenfalls hören, wiewohl ich nicht glaube, dass die römischen Juristen, abgesehen von zwingenden Nothständen, so spitzfindige Folgerungen gemacht haben. Auch beweist das Pupillartestament, dass sie es nicht unbedingt zu dem Begriff und Wesen des Testamentes rechneten, eine Verfügung de re sua zu sein.

gelassenen seines Gewalthabers machte.[3] Hätte man ihm von Anfang an das Eigenthum der castrensischen Sachen zugesprochen, so hätte man ihn auch von Anfang an für den Patron solcher Freigelassener erklären müssen. Dazu kommt noch

3) dass er vor Hadrian castrensische Sklaven überhaupt gar nicht nach freiem Belieben, sondern, wie gewöhnliche Peculiarsklaven, bloss mit Genehmigung seines Gewalthabers freilassen konnte: ein neuer Beleg, dass man ihm damals die Stellung eines paterfamilias zu dem castrense peculium noch nicht zuerkannte. Der Beweis liegt in dem ausdrücklichen Berichte Tryphonin's in der L. 19 §. 3 D. h. t. 49, 17, Hadrian erst habe dem Haussohn die selbständige Fähigkeit der Freilassung castrensischer Sklaven verliehen („*filium posse manumittere* talis peculii servum, Hadrianus constituit").

Manche wollen freilich diese Aeusserung nur auf die vorhin berührte Verordnung beziehen, dass durch Freilassung castrensischer Sklaven der Sohn und nicht der Vater der Patron der Freigelassenen werde. Die Freilassung selbst habe schon vor Hadrian völlig in dem Belieben des Sohnes gestanden.[4] Allein Tryphonin's Worte lauten so überaus klar und bestimmt, dass ich nicht absehen kann, mit welcher Berechtigung man ihnen einen ganz andern Sinn unterlegen will, noch dazu einen solchen, der sich selbst mit dem äussersten Zwange kaum in sie hineintragen lässt. Und enthalten denn diese Worte bei einfach wörtlicher Auslegung etwas so gar unwahrscheinliches und unglaubliches? Ich wüsste nicht, weshalb. Im Gegentheil lässt sich ein starker Wahrscheinlichkeitsbeweis führen, dass mindestens bis auf Hadrian auch Schenkungen, und zwar selbst die den letztwilligen Verfügungen so nahe verwandten Schenkungen Todes halber an die Einwilligung des Gewalthabers gebunden waren.

---

3) L. 22 D. de bon. lib. 38, 2 (Marcian.), L. 3 §. 8 D. eod. (Ulp.), L. 13 D. h. t. 49, 17 (Papin.), L. 8 pr. D. de iure patron. 37, 14 (Modestin.).

4) Cujacius, Recit. in lib. XXVII. Dig. Iuliani ad L. 20 D. de test. mil., Retes cap. VI. §. 17 in f. (p. 260). Die richtige Ansicht findet sich bei Kuntze, Cursus des röm. Rechts §. 938. 3. Beiderlei Ansichten verbindet Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechts I. §. 187 (S. 686).

Ich berufe mich dafür auf die L. 15 D. de mort. c. don. 39, 6, welche folgendermaassen lautet:

> Iulianus lib. XXVII. Dig. Marcellus notat: Quum testamento relinquendi, cui velint, adepti sint filiifamilias milites liberam facultatem, *credi potest*, ea etiam remissa, quae donationes mortis causa fieri prohibent. Paulus notat: *Hoc et constitutum est*, et ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt.

Aus dieser Stelle, bei welcher wohl zu beachten, dass sie zwar ihrer Inscription nach aus Julian's Digesten geschöpft ist, aber keine eigenen Worte Julian's, sondern bloss zwei Anmerkungen von Marcellus und Paulus enthält, folgt mit aller Sicherheit so viel, dass noch zu der Zeit, als Marcellus seine Anmerkungen zu Julian's berühmtem Werke schrieb, die freie Befugniss des Haussohns zu Schenkungen Todes halber streitig war, und dass diese Befugniss erst später durch kaiserliche Verordnung völlig festgestellt wurde. Wir dürfen aber weiter daraus schliessen, dass noch Julian in dem 27. Buche seiner Digesten eine solche Befugniss entschieden versagte, dass sie also damals noch nicht bestand. Dieses geht nämlich nicht bloss aus der Bemerkung des Marcellus hervor, bei welcher man die unmittelbare Beziehung auf einen Ausspruch Julian's nicht aus den Augen verlieren darf, sondern es erhellt ganz besonders auch daraus, dass Julian's eigene Worte in den Justinianischen Digesten weggelassen sind. Warum das, wenn nicht um deswillen, weil sie die Freiheit des Haussohnes zu Schenkungen Todes halber leugneten und folglich mit dem neuern, geltenden Rechte nicht in Einklang standen?

Doch ich habe noch einen Einwand zu befürchten. Es ist eine unbestreitbare Thatsache, dass Ulpian sowohl in der L. 32 §. 8 D. de donat. int. V. 24, 1 (lib. XXXIII. ad Sabin.), als in der L. 7 §. 6 D. de donat. 39, 5 (lib. XLIV. ad Sabin.) die Fähigkeit zu Schenkungen überhaupt und zu Schenkungen Todes halber insbesondere unmittelbar aus der Fähigkeit zur Testamentserrichtung herleitet. Nun könnte man so folgern wollen: wenn die römischen Juristen die Fähigkeit zu Schenkungen für eine einfache und nothwendige Consequenz der Testierfähigkeit

angesehen, so könne unter ihnen über die Fähigkeit des Haussohnes, aus seinem castrense peculium unter Lebenden oder Todes halber zu schenken, niemals ein Zweifel bestanden haben. Allein die Triftigkeit dieses Schlusses wird schon durch einen Blick auf die L. 15 cit. widerlegt, die zum mindesten so viel beweist, dass eben doch solche Zweifel bestanden. Ausserdem erwidere ich folgendes. Erstlich mag es sein, und die Aeusserung des Marcellus in der L. 15 cit. gewährt dafür sogar einen ziemlich festen Anhalt, dass wirklich manche Juristen den Schluss von der Testierfähigkeit auf die Fähigkeit zur Schenkung oder wenigstens zur Schenkung Todes halber von Anfang an gezogen. Möglich, dass dieser Schluss gerade auch in der von Paulus erwähnten Constitution auftrat, und dass denn hernach Ulpian mit vollem Rechte davon als von einem ganz feststehenden Rechtssatze redet.[5] Sodann aber kommt es öfter vor, und auch uns ist ja ein solches Verfahren nicht allzu fremd, dass die römischen Juristen einen Satz, der sich ursprünglich ganz und gar nicht von selbst verstand, sondern seine Geltung erst einer besondern positiven Bestimmung verdankte, später doch als einen schon aus allgemeinen Grundsätzen fliessenden darstellen. Ein Beispiel statt vieler. Von Paulus selbst wissen wir aus dem 54. Buche seines Edictscommentars (L. 4 §. 29 D. de usurp. 41, 3), dass es eine Usucapion der Servituten einzig deshalb nicht gab, weil eine Lex Scribonia diese Art der Usucapion aufgehoben hatte. Trotzdem bemüht sich der nämliche Jurist in dem 15. Buche seines Werkes ad Sabinum (L. 14 pr. D. de servit. 8, 1), die Unmöglichkeit einer Usucapion von Servituten ohne irgend

---

5) Es verdient noch Beachtung, dass Ulpian die Fähigkeit zu Schenkungen überhaupt streng genommen nicht unmittelbar aus der Testierfähigkeit herleitet. Sondern, wie eine genauere Betrachtung der L. 32 §. 8 cit. zeigt, schliesst er von dem Testamente zunächst nur auf die Schenkung Todes halber und erst von dieser wiederum auf die Schenkung überhaupt. Er steht demnach auf einem andern Standpunkt, als Keller, Grundriss zu Vorlesungen über Institutionen S. 355. Dieser nimmt nämlich an, dass die Befugniss des Haussohns zu Schenkungen unter Lebenden von vornherein unzweifelhaft gewesen, und dass nur die Befugniss zu Schenkungen Todes halber Anfangs noch einigen Anstand gefunden.

eine Erwähnung der Lex Scribonia bloss aus innern Rücksichten darzuthun! Eines mehrern wird es wohl nicht bedürfen, um jenem Einwande jedwede Kraft zu benehmen.

Geht schon aus den bisher vorgeführten Gründen mit Sicherheit hervor, dass das castrense peculium nicht von Anfang an als ein eigenes Vermögen des Haussohnes gleich als eines paterfamilias angesehen wurde, so müssen auch die letzten Zweifel weichen vor der Thatsache, dass

4) noch Mäcian das Eigenthum des castrense peculium und der dazu gehörigen Sachen geradezu und völlig unzweideutig dem Gewalthaber zuschreibt. Denn in der L. 18 §. 2, 3 D. h. t. 49, 17 vergleicht er nicht nur das Verhältniss des Gewalthabers zu dem castrense peculium mit demjenigen des Ehemannes zu einem Dotalgrundstück und des interdicierten Verschwenders zu seinem Vermögen, sondern er verstattet auch dem Gewalthaber auf das castrense peculium mancherlei Einwirkungen, dergleichen nur einem Eigenthümer möglich sind, und solche, welche dem Sohne nicht schaden, sogar mit sofortiger und unbedingter Wirksamkeit.

§. 15.

Mit dem gewonnenen negativen Ergebnisse dürfen wir uns nicht begnügen, sondern es entsteht die Aufgabe, die ursprüngliche Gestaltung des Institutes nun auch positiv zu bestimmen. Leider verwehrt es die Dürftigkeit der Quellen, davon ein ganz vollständiges, in allen kleinsten Zügen ausgeführtes Bild zu geben; immerhin wird es aber gelingen, wenigstens die Hauptlinien mit Sicherheit zu ziehen, besonders wenn wir uns den Kreis der Quellen durch folgende Erwägung vergrössern. Giebt man zu, dass anfänglich das castrense peculium noch nicht für ein eigenes Vermögen des Haussohnes in dem streng juristischen Sinne gegolten, so darf ich ohne die Gefahr eines Widerspruches schon jetzt den Satz aufstellen, dass späterhin eine Fortbildung stattgefunden hat in der Richtung, dass die Rechte des Sohnes erweitert, diejenigen seines Gewalthabers verengert wurden. Ist dieses aber richtig, so folgt, dass alle Rechte, welche spätere Stellen in Ansehung des castrense peculium dem Gewalthaber zuschreiben, um desto mehr auch als bereits in dem frühern

Rechte vorhanden müssen anerkannt werden. Stellen dieser Art dürfen wir also unbedenklich als Beweisstellen auch für das frühere und ursprüngliche Recht benutzen. Ebenso Stellen, die von Einschränkungen des Haussohns reden. Aussprüche dagegen aus späterer Zeit zu Gunsten des Haussohnes oder zu Ungunsten des Gewalthabers lassen sich für die frühere Zeit gar nicht oder doch nur mit der äussersten Vorsicht verwerthen.

Mit Hülfe dieser Regeln will ich es nunmehr versuchen, die versprochene Skizze zu entwerfen.

Bevor Augustus und dann wieder Nerva und Trajan den hausunterthänigen Soldaten das Recht gaben, über ihre Erwerbungen im Kriegsdienst ein Testament zu errichten, hatten diese Erwerbungen ohne allen Zweifel die juristische Natur eines gewöhnlichen peculium. Doch brachten thatsächliche Gründe wohl von jeher eine gewisse freiere Stellung des Haussohnes zu solchen Vermögensstücken mit sich; namentlich werden wir annehmen dürfen, dass man ihm, soweit nicht den Soldaten überhaupt die Verfügung über dergleichen Erwerbungen von Staatswegen entzogen war (S. 18), während seiner Dienstzeit die Befugniss ihrer freien Verwaltung beilegte, auch wenn sie ihm sein Gewalthaber nicht ausdrücklich eingeräumt hatte.[1]

Durch die Verleihung der Testierbefugniss erlitt dieses juristische Verhältniss keineswegs alsbald eine vollständige Umgestaltung. Vielmehr zog das gewährte Privileg zunächst nur diejenigen Veränderungen nach sich, welche entweder als seine nothwendigen Consequenzen erschienen, oder welche doch unumgänglich erforderlich waren, um ihm die Möglichkeit wirksamer Ausübung zu sichern.

Im wesentlichen hatte der Sohn auch jetzt bloss ein peculium mit freier Verwaltungsbefugniss, dessen Eigenthum noch

1) In der Regel war eine solche besondere und ausdrückliche Gewährung der Verwaltungsbefugniss von Seite des Gewalthabers erforderlich. Vgl. z. B. L. 7 §. 1 D. de pecul. 15, 1 und Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht und Process. N. F. V. S. 201 ff., 232 ff., Mandry, Ueber Begriff und Wesen des Peculium S. 58 ff., 69 fg. Eine gewisse Stütze möchte die im Text ausgesprochene Vermuthung vielleicht durch die Analogie der L. 18 §.1 D. de iudic. 5, 1 und der L. 7 §. 3 D. de donat. 39, 5 erhalten.

immer seinem Gewalthaber zustand. Allein er musste dem letztern gegenüber doch jetzt in eine viel selbständigere Lage kommen. Wenn er über das castrense peculium testieren und es dadurch seinem Gewalthaber völlig entziehen konnte, so verstand sich zum allermindesten so viel ganz von selbst, dass er, so lange die Testierfähigkeit dauerte, diese Vermögensmasse auch in Händen behalten, dass ihm also so lange ihre Verwaltung und ihr Genuss von seinem Gewalthaber nicht genommen werden durfte.[2] Demnach gründete sich seine Verwaltungsbefugniss jetzt nicht mehr auf den blossen ausdrücklichen oder vermuthbaren Willen des Gewalthabers, der diesen Willen jeden Augenblick widerrufen konnte, sondern auf kaiserliche Verordnung.[3] Hiemit war sie zu einem selbständigen, von dem Gewalthaber völlig unabhängigen und unantastbaren Rechte geworden. Zugleich hatte aber der letztere die Verwaltung eingebüsst; er stand dem castrense peculium vergleichbar einem interdicierten Verschwender gegenüber. Diesen Vergleich scheinen auch von Anfang an die römischen Juristen gemacht und für die juristische Beurtheilung des Verhältnisses benutzt zu haben. Wenigstens tritt er bei Mäcian, der noch durchaus auf diesem ältern Standpunkte steht und der uns hier zumeist als Führer dienen muss, mehrmals auf, und es werden daraus praktische Folgen abgeleitet.[4] Doch wurde diese Analogie nicht unbedingt angewandt.

2) Dass der Gewalthaber das castrense peculium nicht einziehen dürfe, wird auch in dem pr. I. quib. non est perm. 2, 12, das dabei ohne Zweifel aus einem ältern Juristen, vermuthlich aus Gaius, schöpfte (§. 3 Anm. 2), als eine blosse Consequenz der dem Sohne verliehenen Testierbefugniss hingestellt. Vgl. auch L. 22 D. de bon. lib. 38, 2: Si filiusfamilias miles manumittat, secundum *Iuliani* quidem sententiam — — *patris libertum faciet, sed quamdiu, inquit, vivit, praefertur filius in bona eius patri.*

3) Man vergleiche die L. 4 §. 2 D. h. t. 49, 17, wo noch Tertullian das Verhältniss des Haussohnes zu dem castrense peculium geradezu als ein durch kaiserliche Constitutionen verwilligtes Verwaltungsrecht bezeichnet, indem er sagt: videndum erit, ne huic quoque *permissa intelligatur* earum rerum *administratio*, quas ante arrogationem in castris acquisierit, quamvis *constitutiones principales* de his loquantur rel.

4) Vgl. L. 18 §. 2, 3 D. h. t. 49, 17 und S. 104 ff.. Auch die Vergleichung mit dem Verhältnisse des Ehemannes zu einem Dotalgrundstücke findet sich in der L. 18 §. 2 cit.

In Rücksicht auf Rechtsgeschäfte, deren Wirkung nicht sofort eintritt, sondern erst in der Zukunft bevorsteht, folgte man ihr nicht, sondern einer besondern, sogleich zu erwähnenden Regel.

Ueberhaupt wurde jetzt das castrense peculium, da es möglicher Weise durch letztwillige Verfügung des Sohnes dem Gewalthaber vollständig entfremdet werden konnte, schon bei Lebzeiten des Sohnes und so lange seine Testierfähigkeit dauerte, als eine von dem übrigen Vermögen des Gewalthabers nicht allein thatsächlich, sondern auch rechtlich getrennte Vermögensmasse angesehen, welche den Schicksalen des erstern nicht ohne weiteres folgte.[5] So konnte es namentlich von den Gläubigern des Gewalthabers nicht angegriffen werden;[6] und so wenig dieser es einziehen durfte, eben so wenig konnte er es zum Nachtheil des Sohnes oder derjenigen, die letzterer in seinem Testamente bedenken würde, durch seine Handlungen sonstwie schmälern oder im Werthe verringern. Handlungen des Gewalthabers, von denen von vornherein feststand, dass sie dem Sohne zum Schaden gereichen müssten, das heisst Veräusserungshandlungen, deren Wirkung sofort eingetreten sein würde, waren daher unbedingt nichtig.

Anders verhielt es sich mit Erwerbhandlungen, überhaupt mit solchen, die dem Sohn oder den von ihm ernannten Erben niemals nachtheilig werden konnten. Dergleichen Handlungen des Gewalthabers in Ansehung des castrense peculium waren umgekehrt unbedingt gültig, und gültig selbst dann, wenn, wie z. B. für den Erwerb von Dienstbarkeiten zu Gunsten castrensischer Grundstücke, ihre nothwendige Voraussetzung Eigenthum war. Denn der Gewalthaber wurde ja, wie gesagt, noch immer als der Eigenthümer des castrense peculium und der castrensischen Sachen betrachtet.[7]

---

5) Mäcian in der L. 18 §. 4 D. h. t. 49, 17: quum hoc peculium a patris bonis separetur.

6) Auch dieses wird in dem pr. I. quib. non est perm. 2, 12 als eine unmittelbare blosse Consequenz aus der dem Haussohne gewährten Testierbefugniss hingestellt.

7) Man vergleiche einstweilen die L.18 pr., §. 3 D. h. t. 49, 17. Ich komme sogleich auf diesen, wie auf die andern Punkte noch eingehender zurück.



Wenn in dieser doppelten Beziehung die Analogie des interdicierten Verschwenders sich als verwendbar erwies und zu angemessenen Ergebnissen führte, so war dieses nicht in gleicher Weise der Fall bei Handlungen des Gewalthabers, von denen es vorerst noch ungewiss war, ob sie die Rechte des Sohnes oder daraus fliessende Rechte dritter Personen beeinträchtigen würden oder nicht. Von dieser Art sind Veräusserungshandlungen, die nicht sofort, sondern erst in einem spätern Zeitpunkt ihre Wirkungen äussern sollen, wie z. B. und namentlich letztwillige Verfügungen. Dem interdicierten Verschwender sind auch solcherlei Rechtshandlungen unmöglich, weil er überhaupt in seiner Handlungsfähigkeit beschränkt ist. Dieser Grund trifft aber bei dem Gewalthaber in dem Verhältnisse zu dem castrense peculium seines Haussohnes durchaus nicht zu. Denn ihm fehlt ja gar nichts an der allgemeinen Handlungsfähigkeit, sondern ihm sind Veräusserungen castrensischer Vermögensstücke lediglich deshalb untersagt, damit die selbständigen Rechte des Sohnes an diesem Vermögen keinen Schaden leiden. Warum sollte man ihn also weiter beschränken, als es zur Erreichung dieses Zweckes nothwendig ist? Warum sollte er nicht auf den Fall hin, dass ihm das castrense peculium später zukommen könnte, zum voraus über dasselbe und über dazu gehörige Sachen verfügen dürfen? Und warum sollte man überhaupt seine Verfügungen über diese Vermögensmasse, die doch im strengen Rechtssinne seine eigene ist, nicht aufrecht halten, falls es zu der Zeit, da ihre Wirkung eintritt, völlig entschieden ist, dass dadurch weder den Rechten des Sohnes, noch auch ihnen entflossenen Rechten Dritter irgend ein Eintrag geschieht?

Aus diesen Erwägungen gelangte man für die Beurtheilung von Rechtshandlungen des Gewalthabers in Betreff des castrense peculium zu folgender uns in der L. 18 §. 1 D. h. t. 49, 17, einem Bruchstück aus Mäcian's lib. I. Fideicommissorum, überlieferter zusammenfassender Regel:

> Et in summa ea res: Hi actus patris, qui *ad praesens alienationem* alicuius iuris de castrensi peculio praestant, *impediuntur*; hi vero, qui *non statim quidem, sed postea efficere solent, eo tempore animadvertentur, quo habere effectum con-*

suerunt, ut, si sit filius, cui auferatur, *nihil agatur*, si ante decesserit, actus patris *non impediatur*.

§. 16.

Ehe ich weiter gehe, sei es mir gestattet, das bisher nur in seinen allgemeinsten Umrissen beschriebene Verhältniss hie und da noch etwas mehr in seine Einzelheiten zu verfolgen, und es durch Beibringung einer Anzahl quellenmässiger Beispiele noch besser zu belegen und anschaulich zu machen. Ich erbitte mir aber diese Erlaubniss aus einem doppelten Grunde. Nicht allein, weil eine genaue Einsicht in die ursprüngliche Gestaltung des Institutes eine unumgängliche Voraussetzung für das richtige Verständniss des spätern Rechtes bildet, sondern auch, weil ich glaube, dass wir in dieser ursprünglichen Gestaltung des Verhältnisses ein vortreffliches Vorbild besitzen für die Beurtheilung eines modernen Verhältnisses, dem es im Vergleiche zu seiner Häufigkeit und Wichtigkeit noch über die Gebür an der grundsätzlichen Durchbildung fehlt. Ich meine das Verhältniss des Cridars zu der Concursmasse. Dieses Verhältniss hat mit demjenigen des Vaters zu dem castrense peculium seines Haussohnes, so wie es ursprünglich aufgefasst wurde, die allergrösste Verwandtschaft. Hier wie dort handelt es sich um eine Vermögensmasse, welche der Verwaltung ihres Eigenthümers entzogen ist, aber nicht wegen eines Mangels an der Handlungsfähigkeit, sondern bloss, um jede Beeinträchtigung fremder Rechte an diesem Vermögen zu verhüten. Bei solcher Uebereinstimmung aller wesentlicher Merkmale kann es keinem Bedenken unterliegen, die beiden Verhältnisse nach den gleichen Grundsätzen zu behandeln, und man wird auch alsbald finden, dass man mit dieser Art der Behandlung für das Verhältniss des Cridars zu der Concursmasse überall zu höchst angemessenen Ergebnissen gelangt. Ueberhaupt, wenn die Art und Weise, wie die Römer das Verhältniss des interdicierten Verschwenders zu seinem Vermögen behandelten, als die natürliche und sachgemässe erscheint, wo jemandem die Verwaltung seines Vermögens wegen persönlicher Unfähigkeit entzogen ist: so muss gar nicht minder die Art und Weise, wie sie ursprünglich das Verhältniss des Gewalthabers

zu dem castrense peculium seines Haussohnes behandelt haben, als die natürliche und sachgemässe betrachtet werden, wo die Ausschliessung einer Person von der Verwaltung ihres Vermögens oder eines Theils desselben ihren Grund bloss in einer Rücksicht auf die Rechte anderer hat. So kann vielleicht die gegenwärtige, an sich nur des wissenschaftlichen und geschichtlichen Interesses wegen geführte Untersuchung sogar eine praktische Bedeutung gewinnen. Um desto minder kann ich es aber für überflüssig halten, die anfängliche Rechtstheorie des castrense peculium, welche vornehmlich in der L. 18 D. h. t. 49, 17 aus Mäcian's lib. I. Fideicommissorum anzutreffen ist, möglichst vollständig zu ermitteln und darzulegen.

Nach dieser Theorie war das castrense peculium an sich ein peculium und also im Rechtssinne Vermögen des Gewalthabers. Der Sohn hatte jedoch kraft kaiserlicher Constitutionen in Ansehung dieses Vermögens die selbständige und von dem Gewalthaber unabhängige Verwaltungsbefugniss. Folglich musste dem letztern jede Verwaltungsbefugniss mangeln. Und in Kürze hatte der Gewalthaber zu dem castrense peculium gleichsam die Stellung eines interdicierten Verschwenders, der Sohn gleichsam diejenige seines Curators.

Daraus folgte, dass der Sohn alle Rechtshandlungen, welche unter den Begriff der Verwaltung fallen, nach freiem Belieben und ohne Rücksicht auf den Willen seines Gewalthabers vornehmen konnte. Und zwar wurde hiebei der Maassstab nicht entlehnt von einem Haussohn, dem sein Gewalthaber ausdrücklich die Verwaltung seines Peculiums eingeräumt hat, sondern, wie gesagt, von dem Curator eines Interdicierten. Der Sohn kann also nicht allein castrensische Sachen beliebig gegen Geld oder andere Sachen umsetzen, und durch Verpflichtungsgeschäfte, die er in Rücksicht auf das castrense peculium eingeht, z. B. durch ein für dieses peculium aufgenommenes Darlehen, castrensische Schulden begründen;[1] sondern er ist auch allein befugt, castren-

1) Vgl. wegen des ersten die L. 18 §. 4 D. h. t. 49, 17 verb.: Si quando *ex eo peculio* filius rem alienam bona fide tenebit, wegen des zweiten die L. 18 §. 5 D. eod. Der vollständige Wortlaut dieser Stellen folgt sogleich in der nächsten Anmerkung.

sische Klagen anzustellen, gleichwie umgekehrt auf das castrense peculium sich beziehende Klagen Dritter ebenfalls nur gegen den Sohn und nicht gegen den Gewalthaber gerichtet werden konnten. Insbesondere brauchte der letztere castrensische Schulden auch nicht de peculio zu vertreten. Ueberhaupt konnte er Klagen, die das castrense peculium angiengen, nur wie ein gewöhnlicher Stellvertreter und unter den nämlichen Bedingungen, wie ein solcher, erheben oder auf sich nehmen.[2]

Anders verhielt es sich mit Handlungen, die nicht unter den Begriff der Verwaltung gehören, das heisst mit Schenkungen und Freilassungen. So wenig dazu sonst Personen, die nur das Recht der Verwaltung eines fremden Vermögens haben, befugt und fähig sind,[3] eben so wenig war dazu der Haussohn

---

2) L. 18 §. 4, 5 D. h. t.: Si quando ex eo peculio filius rem alienam bona fide tenebit, an pater eius in rem vel ad exhibendum actionem pati debeat, ut ceterorum filiorum nomine, quaeritur; sed verius est, quum hoc peculium a patris bonis separetur, defensionis necessitatem patri non imponendam. Sed nec cogendus est pater, [propter] aes alienum, quod filius peculii nomine, quod in castris acquisiit, fecisse dicetur, de peculio actionem pati. Et si sponte patiatur, ut quilibet defensor satisdato filium in solidum, non peculio tenus defendere debeat. Sed et eius filii nomine non aliter movere actiones potest, quam si satisdederit, eum ratam rem habiturum. (Wegen der Einschiebung von propter s. §. 3 Anm. 1.) Vgl. auch noch die L. 18 §. 2 D. eod.: Itaque negabimus, patrem filio salvo communi dividundo agentem proprietatem alienaturum, exemplo dotalis praedii. Sed nec si socius ultro cum eo agat, quidquam agetur, *veluti si cum eo ageret, cui bonis interdictum est.* Man sieht übrigens aus der ganzen Fassung und Haltung der Stellen, namentlich der ersten (quaeritur — verius est), dass selbst diese Sätze damals nicht unbestritten waren, und dass es eine Meinung gab, die noch weniger weit von den Grundsätzen des gewöhnlichen peculium sich entfernen wollte. Die herrschende Ansicht muss es aber doch schon zu Hadrian's Zeit gewesen sein, dass nur der Sohn castrensische Klagen anstellen könne. Dieses erhellt aus der L. 50 D. ad SC. Treb. 36, 1. (§. 56.) Ueber die processualische Behandlung solcher Klagen und die Fassung der ihnen entsprechenden Formeln wage ich es nicht, selbst nur eine Vermuthung zu äussern.

3) L. 17 D. de curat. furios. 27, 10. (Gaius lib. I. de manumissionibus): Curator furiosi *nullo modo libertatem praestare potest, quod ea res ex administratione non est;* nam in tradendo ita res furiosi alienat, si id ad administrationem negotiorum pertineat; et ideo *si donandi causa alienet,*



aus dem castrense peculium fähig. In Ansehung solcher Rechtsacte stand letzteres vielmehr mit dem gewöhnlichen peculium auf ganz gleicher Stufe. Der Haussohn konnte also nur mit Einwilligung des Gewalthabers aus dem castrense peculium schenken oder castrensische Sklaven freilassen; und durch solche Freilassungen machte er nicht sich, sondern seinen Gewalthaber zum Patron der Freigelassenen.[4]

Der Gewalthaber seinerseits war zwar Eigenthümer der castrensischen Sachen, er konnte aber in Betreff derselben keinerlei Rechtshandlungen gültig vornehmen, welche dem Sohne Eintrag gethan, das heisst das castrense peculium zum Nachtheil des Sohnes oder Dritter, welche aus seinen Verfügungen ihre Rechte herleiteten, geschmälert hätten. Handlungen dagegen, welche dem Sohn und seinen Rechten nicht schadeten, waren gültig.

Bei Handlungen mit sofortiger Wirkung wurde dieses wieder ganz nach der Analogie des interdicierten Verschwenders bemessen. Folglich konnte der Gewalthaber z. B. castrensische Sachen nicht mit Niessbrauch oder andern Dienstbarkeiten belasten; denn dazu war auch ein Interdicierter in Ansehung seiner Sachen nicht fähig.[5] Noch viel weniger konnte er natürlich castrensische Sachen ganz und gar veräussern.[6] Und hievon wird als eine blosse Folge hingestellt, dass er keine actio communi dividundo wegen einer zu einem Bruchtheil dem castrense peculium angehörenden

---

neque traditio quidquam valebit, nisi ex magna utilitate furiosi hoc cognitione iudicis faciat. L. 22, 46 §. 7 D. de adm. tut. 26, 7; L. 13 D. de manum. 40, 1; L. 22 D. qui et a quib. 40, 9.

4) Alles dieses ist schon in dem §. 14 nachgewiesen worden. Ueber das Verhältniss bei dem gewöhnlichen peculium vergleiche man folgende Stellen: 1) Schenkung: L. 7 pr. — §. 5 D. de donat. 39, 5; L. 28 §. 2 D. de pact. 2, 14; L. 52 §. 26 D. de furt. 47, 2. 2) Freilassung: L. 13 D. de iure patron. 37, 14; L. 7, 16, 22 D. de manum. 40, 1; L. 4 pr., 10, 18 §. 2, L. 22 D. de manum. vind. 40, 2; L. 16 §. 5, L. 30 §. 1 D. qui et a quib. 40, 9; L. 51 §. 1 D. de ritu nupt. 23, 2.

5) L. 18 §. 3 in fine D. h. t.: Neque autem servis ex eo peculio, neque praediis usumfructum vel servitutem imponere pater potest.

6) L. 18 §. 1 D. h. t. (S. 102).

Sache mit Wirksamkeit zu erheben vermöge, da auch dieses zu einer Veräusserung führen könne.[7]

Hingegen vermochte der Gewalthaber castrensische Sachen von Niessbrauch und andern Dienstbarkeiten zu befreien; desgleichen für castrensische Grundstücke Dienstbarkeiten zu erwerben. Denn zu dem allem hat auch ein Interdicierter in Betreff seiner Sachen die Fähigkeit.[8]

Bei solchen Rechtsacten des Gewalthabers, die eine Wirkung nicht sofort, sondern erst später erzeugen, war jedoch die Analogie des Interdicierten nicht mehr brauchbar. Hier hielt man sich vielmehr allein an die obige allgemeinere Regel, und

7) L. 18 §. 2 D. h. t. (Anm. 2), zu deren Worten: exemplo dotalis praedii man vergleiche: L. 2 C. de fundo dot. 5, 23. S. auch L. 7 pr. D. de reb. eor. 27, 9, L. 17 C de praed. min. 5, 71. Der Gewalthaber hätte aber freilich auch schon aus dem Grunde die Theilungsklage nicht erheben können, weil er von der Verwaltung des castrense peculium ausgeschlossen war. Darum hat denn die Klage eben so wenig eine Wirksamkeit, wenn sie von dem andern Miteigenthümer der Sache gegen ihn angestellt wird: L. 18 §. 2 cit.

8) L. 18 §. 3 D. h. t. 49, 17: Servos ex eo peculio usufructu, item praedia tam usufructu, quam ceteris servitutibus pater liberare poterit, sed et servitutes his acquirere; id enim et eum, cui bonis interdictum est, verum est, consequi posse. Zu dem einen, wie dem andern gehört nothwendig Eigenthum. Man vergleiche 1) wegen des Erwerbes von Grunddienstbarkeiten: L. 1 §. 1, L. 6 pr., 8 D. comm. praed. 8, 4, L. 15 §. 7 D. de usufr. 7, 1, 2) wegen der Befreiung einer Sache von Dienstbarkeiten, insbesondere auch von dem Niessbrauche: Gai. II, 30, Paul. III, 6 §. 32, fr. Vat. §. 75, §. 3 I. de usufr. 2, 4, L. 66 D. de iure dot. 23, 3. Mäcian's Entscheidungen in der L. 18 §. 3 cit. liefern demnach wiederum einen schlagenden Beweis, dass dieser Jurist das Eigenthum der castrensischen Sachen dem Gewalthaber zuschrieb. — Zum Erwerbe von Grunddienstbarkeiten ist übrigens eine in iure cessio oder bei Feldservituten auch eine mancipatio erforderlich; die willkürliche Aufhebung von Servituten geschieht mittels in iure cessio: Gai. II, 29, 30, Paul. III, 6 §. 32. Die Schlussworte unserer Stelle dürften sonach den Beweis liefern, dass die interdicierten Verschwender von dem „solennen Verkehr“ und den „civilia negotia, d. h. den Rechtsgeschäften in eigenthümlichen Formen des ius civile“ doch nicht so vollständig und unbedingt ausgeschlossen waren, als Brinz, Lehrb. der Pand. I. S. 46 und Scheurl, Lehrb. der Institut. §. 48 annehmen.



erklärte sie für nichtig oder gültig, je nachdem sie die Rechte des Sohnes wirklich beeinträchtigten, oder nicht. Dieses liess sich aber, wenn eine Veräusserungshandlung in Frage stand, nur in Rücksicht auf die Zeit des Eintrittes der Wirkung beurtheilen. Dauerte zu dieser Zeit die privilegierte Stellung des Sohnes selbst oder die Geltung seines Testamentes, worin ein anderer, als der Gewalthaber, zum Erben ernannt war, noch fort, oder hatte aus diesem Testamente bereits ein Dritter das castrense peculium erworben: so würde durch die Anerkennung der Gültigkeit und Wirksamkeit des Actes den Rechten des Sohnes Abbruch geschehen sein, und er wurde daher als ungültig angesehen. Hatte dagegen in dem gedachten Zeitpunkte das castrense peculium bereits alle Eigenthümlichkeit eingebüsst und die Natur eines gewöhnlichen peculium angenommen, oder war es dem Gewalthaber selbst aus dem Testamente des Sohnes zugekommen: so erkannte man für diesen Fall dem Acte volle Geltung und Wirkung zu; denn hier konnten ja durch diese Behandlung die Rechte und Interessen des Sohnes niemals geschädigt werden.[9]

Zu den Acten, bei denen ein solches Schwebeverhältniss eintrat, gehörten namentlich Vindicationslegate castrensischer Sachen und directe testamentarische Freilassungen castrensischer Sklaven. Sie waren dem Gewalthaber möglich, weil ihm das Eigenthum der castrensischen Sachen zustand; und hatte sich bei seinem Tode das castrense peculium bereits in ein gewöhnliches peculium verwandelt, oder hatte er es als eingesetzter Testamentserbe des Sohnes behalten, so gelangten sie auch zu ihrer vollen Wirkung. Hatte dagegen bei seinem Tode der Sohn das castrense peculium noch in der privilegierten Eigenschaft als ein solches in der Hand, oder war ein Dritter der Testamentserbe des Sohnes geworden, so fielen diese Verfügungen kraftlos in sich zusammen; sie waren so gut, wie gar nicht geschehen.[10]

---

9) Diese Sätze werden theils unmittelbar durch die von Mäcian in der L. 18 §. 1 D. h. t. 49, 17 gegebene Regel (§. 15 a. E.), theils mittelbar durch unverwerfliche Rückschlüsse aus dem spätern Rechte beglaubigt. S. die folgende Anmerkung.

10) An der Richtigkeit dieser Sätze lässt sich Angesichts der L. 18 §. 1 D. h. t. 49, 17 (S. 102) nicht zweifeln. Um so weniger, als sie selbst

Anders wurde es mit der Erbeinsetzung castrensischer Sklaven von Seite des Gewalthabers gehalten. Sie war zwar einer der nicht sofort, sondern erst in der Zukunft wirkenden Rechtsacte, allein sie unterschied sich von den vorhin genannten dadurch, dass der Eintritt ihrer Wirkung, der Umstand also, dass ein solcher Sklave Erbe des Gewalthabers wurde, niemals unter den Begriff der Veräusserung eines zu dem castrense peculium gehörigen Vermögensstückes, einer alienatio alicuius iuris de castrensi peculio, wie die L. 18 §. 1 D. h. t. es ausdrückt, gebracht werden konnte. Man schrieb ihr daher eine unbedingte Geltung und Wirkung zu, und zwar selbst für den Fall, wenn der Gewalthaber noch während der privilegierten Stellung des Sohnes verstarb. Ja noch mehr; in diesem Falle sollte sie sogar den Sklaven, durch ihn aber auch mittelbar seinen jetzigen Herrn, den Sohn, zum necessarius heres des Gewalthabers machen. So lehrt Mäcian in der L. 18 pr. D. h. t. 49, 17:

> Ex castrensi peculio servus a patre heres institui potest et filium necessarium heredem patri facit.

Dieser Ausspruch ist in mehr als einer Hinsicht merkwürdig genug, um die Anknüpfung einiger Betrachtungen zu rechtfertigen. Zuvörderst gewährt er wiederum einen entscheidenden Beweis, dass Mäcian immer noch den Gewalthaber für den Eigenthümer des castrense peculium und der dazu gehörigen Sachen ansah. Denn sollte durch den Sklaven der Sohn necessarius heres werden, so musste zuerst der Sklave selbst necessarius heres sein; „nam per eum quis existere necessarius non potest, qui ipse non esset extiturus.“ [11] Necessarius heres ist aber bekanntermaassen nur der eigene Sklave des Testators.

---

noch in dem spätern Recht anerkannt werden. Vgl. L. 19 §. 3, 5 D. h. t. (Tryphonin.), L. 20 D. eod. (Paul.), L. 9 D. eod., L. 44 pr. D. de legat. I. (30), beide von Ulpian.

11) L. 6 §. 6 D. de acq. v. om. her. 29, 2. Vgl. L. 6 §. 5 ibid. und L. 13 D. de bonis lib. 38, 2, Stellen, welche dem unsrigen ganz analoge Fälle enthalten. S. Arndts in Weiske's Rechtslexikon IV. S. 7 a. E. und Lehrb. der Pand. §. 511. Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts III. 1. (1869) §. 595 Anm. 2. Unrichtig ist die Begründung bei Puchta, Pand. §. 500 Note a und Vorlesungen dazu.

Aber, wird man fragen, muss denn zu diesem Merkmal nicht noch das weitere hinzukommen, dass dem Sklaven in dem Testamente des Herrn neben der Erbeinsetzung zugleich die Freiheit ertheilt ist? und wird nicht dieses weitere Erforderniss bei Gai. II, 153 und Ulp. XXII, 24 geradezu mit in die Begriffsbestimmung des necessarius heres aufgenommen? Ich verkenne das Gewicht dieses Einwandes nicht; allein gerade hier kann uns die L. 18 pr. cit. zu einem interessanten Aufschlusse dienen. Es ist wahr, in der Regel wird bloss der mit der Freiheit eingesetzte Sklave necessarius heres. Dieses beruht jedoch nicht darauf, dass etwa die Erlangung der Freiheit der eigentliche Grund wäre, weshalb nun der frei gewordene, gleichsam als Gegenleistung, nothwendig und unabhängig von seinem Willen auch Erbe werden müsste. Sondern es erklärt sich einfach daraus, dass regelmässig die Erbeinsetzung eines eigenen Sklaven ohne gleichzeitige Ertheilung der Freiheit jeder praktischen Bedeutung und Geltung entbehrt. Denn ein Sklave kann ja nie für sich selbst, sondern immer nur für seinen Herrn erwerben. Wollte man ihn also aus einer Erbeinsetzung von Seite seines Herrn auch wirklich Erben (und natürlich wiederum necessarius heres) desselben werden lassen, so würde er die erworbene Erbschaft sofort für seinen jetzigen Herrn erwerben. Dieses ist aber die Erbschaft selbst, oder, wenn wir uns den Sklaven nur auf einen Bruchtheil eingesetzt und auch die übrigen Erben als necessarii heredes denken, so sind es diese übrigen Erben.[12] Wir hätten uns also rein im Kreise bewegt, und der ganze Vorgang wäre ohne jede sichtbare praktische Wirkung verlaufen. Darum haben die Römer eine solche praktisch ganz leere und

---

12) Den Satz, dass „per hereditarium servum, quod est eiusdem hereditatis, heredi acquiri non potest, et maxime ipsa hereditas“: L. 18 D. de A. R. D. 41, 1; s. auch L. 1 §. 16 D. de acq. poss. 41, 2, L. 43 D. de acq. her. 29, 2, und vgl. Adolph Schmidt, Die Persönlichkeit des Sklaven nach römischem Recht. Abth. I. (Freiburger Programm von 1868) S. 35 ff., — diesen Satz darf ich bei meiner rein hypothetischen Betrachtung wohl füglich ganz bei Seite lassen, obschon ich nicht leugnen will, dass er mit der sogleich im Texte zu erwähnenden Regel ebenfalls in einer Beziehung stehen könnte.

erfolglose Erbeinsetzung lieber gleich von vornherein für unkräftig erklärt. Wer dieses hätte für zu weit gegangen erklären wollen, dem hätte es freilich an einem nahe liegenden Einwurfe nicht gefehlt. Hätte er doch nur darauf hinzuweisen brauchen, dass der Sklave bei dem Tode des Testators bereits frei geworden oder veräussert sein könnte; und dann stehe ja einer Wirksamkeit der Erbeinsetzung nichts mehr im Wege. Allein auf solche Möglichkeiten haben die Römer hier so wenig eine Rücksicht genommen, als bei den Legaten. Wie sie in Gemässheit der regula Catoniana bei den letzten bloss auf den Zeitpunkt der Testamentserrichtung achteten und jedem Legate die Gültigkeit absprachen, welches, gesetzt der Testator wäre alsbald nach der Testamentserrichtung gestorben, keinen sichtbaren praktischen Erfolg hätte bewirken können, ohne die Möglichkeit einer spätern Veränderung der Umstände irgend zu berücksichtigen: ganz ebenso behandelten sie auch die Erbeinsetzung eigener Sklaven.[13] Diese sollte also ebenfalls nur gelten, wenn sie nach Maassgabe der Umstände, wie sie zur Zeit der Testamentserrichtung lagen, einen wirklichen und sichtbaren praktischen Erfolg haben konnte. In der Regel war das bloss dann der Fall, wenn der eingesetzte Sklave zugleich für frei erklärt war. Ausnahmsweise war es aber auch der Fall, wenn der eingesetzte eigene Sklave zu dem castrense peculium eines Haussohnes des Testators gehörte. Denn dann fiel er in dem Augenblicke des Todes des Testators alsbald in das Eigenthum des Sohnes und machte also durch den Erbschaftserwerb den letztern zum Erben des Testators; und zwar, da er selbst necessarius heres seines gewesenen Herrn, des Testators, war, zum necessarius heres. So ist auf dem Standpunkte, aus welchem Mäcian das castrense peculium betrachtet, seine Entscheidung in der L. 18 pr. cit. wohl gerechtfertigt.

---

13) Vgl. Gai. II, 186, 187, Ulp. XXII, 11, 12. Man sieht auch hier wieder, dass die regula Catoniana keineswegs bloss bei den Legaten, sondern — wenigstens der Sache, wenn auch vielleicht nicht dem Namen nach — nicht minder auch bei den Erbeinsetzungen galt, nur dass hier seltener Gelegenheit zu ihrer Anwendung war. S. Vangerow, Lehrb. der Pand. II. §. 540. III. (7. Aufl. S. 508 ff.), und vgl. auch Gai. II, 123.

Doch ich höre ein neues Bedenken. Der castrensische Sklave soll als eigener Sklave des Testators necessarius heres desselben werden, da er aber mit dem Tode des Testators alsbald eigener Sklave des Sohnes wird, für diesen die Erbschaft erwerben. Wie ist dieses möglich? Um den Sklaven für einen necessarius heres des Testators zu erklären, müssen wir annehmen, dass er die Erbschaft noch als eigener Sklave desselben erworben habe. War er aber nach dem Tode des Testators, wenn auch nur noch einen einzigen Augenblick, ein eigener Sklave desselben, so war er mindestens in dem nämlichen Augenblick auch Stück seiner Erbschaft, musste also die Erbschaft für die letztere erwerben; das heisst, der ganze Vorgang konnte keine wirkliche praktische Bedeutung haben. Und daran kann es auch nichts ändern, dass der Sklave in dem nächsten Augenblick in das Eigenthum des Sohnes kommt. Denn eines von beiden. Entweder wird mit dem Momente des Todes des Testators der Sklave Eigenthum des Sohnes: dann kann er nicht necessarius heres des Testators werden. Oder er bleibt noch so lange eigener Sklave des letztern, um sein necessarius heres zu werden: dann konnte er aber die Erbschaft nicht für den Sohn erwerben.

Die Schwierigkeit ist unverkennbar. Nur darf man nicht glauben, dass sie nicht oder in geringerm Maasse vorhanden wäre, wenn ein eigener Sklave des Testators mit der Freiheit zum Erben eingesetzt ist. Denn solchen Falles darf man sich, will man anders mit der Auffassung der römischen Juristen im Einklange bleiben, den juristischen Hergang nicht etwa so vorstellen, als ob mit dem Tode des Testators der Sklave zuerst frei und dann erst, als nunmehr Freier, Erbe würde; sondern gerade umgekehrt. Wir lernen aus Ulp. I, 22 und aus L. 23 §. 1, L. 25 D. de manum. test. 40, 4, dass ein testamentarisch freigelassener Sklave erst dann und in dem Augenblicke die Freiheit erlangt, wenn jemand aus dem Testamente Erbe geworden ist. Und dieses gilt nicht bloss in dem Fall, wenn dritte Personen zu Erben eingesetzt sind, sondern nicht minder auch in dem andern, wenn der frei erklärte Sklave selbst zum Erben ernannt ist. Der ganze Unterschied zwischen den beiden Fällen ist nur der, dass in dem zweiten der Sklave

selbst durch sein eigenes Erbewerden jene nothwendige Vorbedingung für den Eintritt der Freiheit herstellt. Necessarius heres wird ein solcher Sklave nicht etwa, weil er als Entgelt für die erhaltene Freiheit nunmehr auch die Erbschaft auf sich nehmen müsste, sondern aus keinem andern Grunde, als ein von seinem Gewalthaber eingesetztes Hauskind. Aus dem Grunde nämlich, weil der im Testamente niedergelegte Wille des Gewalthabers noch über seinen Tod hinaus für seine Gewaltuntergebenen diese unbedingt zwingende Macht behält.[14] Weil aber jetzt in ihm selbst ein Erbe da ist, so wird er sofort in dem nämlichen Augenblick auch frei.

Am besten wird dieser Hergang belegt durch folgenden Ausspruch des Paulus in der L. 58 D. de acq. v. om. her. 29, 2 (lib. II. Regularum):

Ex parte heres institutus servus, et nondum adita hereditate a coherede eius, liber et heres fit necessarius, quia non a

14) Es lässt sich nicht billigen, wenn öfters die Erscheinung, dass das von seinem Vater eingesetzte Hauskind necessarius heres wird, auf den gleichen Grund zurückgeführt wird, aus welchem nach dem Intestaterbrechte der suus unmittelbar und ohne besondere Erwerbhandlung in den auf ihn treffenden Bruchtheil des Nachlasses eintritt. Beides hat vielmehr ganz verschiedene Ursachen. Das zweite beruht darauf, dass durch den Tod des bisherigen Familienhauptes der suus jetzt selbst Familienhaupt wird (vgl. L. 195 §. 2 D. de V. S. 50, 16) und daher ohne weiteres die Stellung und die Rechte eines solchen in Ansehung des Familienvermögens erhält. Das erste hingegen hat nur allein den im Text angegebenen Grund und trifft daher bei Sklaven und Personen im mancipium nicht minder zu, als bei Hauskindern und bei der Ehefrau in manu. (S. Gai. II, 153—160.) Und bei Personen, die bloss mittelbar in der Gewalt des Testators stehen, also durch seinen Tod nicht gewaltfrei werden, nicht minder, als bei den seiner Gewalt unmittelbar unterworfenen. Letzteres wird bewiesen durch die in der Anmerkung 11 angeführten Stellen. Wenn es von vielen nicht anerkannt, vielmehr der Begriff des necessarius heres, soweit er die Hauskinder betrifft, genau so, wie der Begriff des suus heres in der Intestaterbfolge bestimmt wird, wie z. B. von Göschen, Vorlesungen §. 780 und §. 933 Nr. 3, und von Puchta, Pand. und Vorles. §. 450 und 500, so hat dieser Irrthum seine Wurzel wohl hauptsächlich in jener Vermengung der Gründe dem äussern Erfolge nach übereinkommender, innerlich aber trotzdem sehr verschiedenartiger Erscheinungen.

coherede, sed *a semet ipso accipit libertatem;* nisi ita institutus fuerit: „quum mihi quis heres erit, Stichus liber et heres esto".

Und nicht minder beweisend ist auch folgende Stelle aus dem 4. Buche des Ulpianischen Sabinuscommentars, die L. 6 §. 4 D. de hered. inst. 28, 5:

Sed si sit cum libertate institutus (sc. servus), an ei libertatis datio codicillis adimi possit, apud Iulianum quaeritur. Et putat, in eum casum, quo necessarius fieret, ademtionem non valere, ne a semet ipso ei adimatur libertas (*servus enim heres institutus a semet ipso libertatem accipit*); quae sententia habet rationem, nam sicuti legari sibi non potest, ita nec a se adimi.[15]

Auch hier kann man also fragen: wie war es möglich, dass man den Sklaven Erben werden, und ihn sogar die Erbschaft für sich selbst als nunmehr Freien erwerben liess, wenn doch die Freiheit erst nach dem Erbschaftserwerb erfolgte und erst durch diesen vermittelt und herbeigeführt werden musste? Und wenn man hier über die Schwierigkeit hinweg kam, so führte der nämliche Weg auch in dem andern Fall hinüber, in welchem die Sache nur in dem einen Stücke anders lag, dass der Erbe gewordene Sklave nicht frei, sondern Eigenthum eines andern wurde. Wie kam man aber in beiden Fällen über die Schwierigkeit hinüber? Das Hülfsmittel war von bewundernswürdiger Einfachheit, wird aber vielleicht gerade wegen dieser grossen Einfachheit dem Vorwurfe der Spitzfindigkeit begegnen. Es lag nämlich in folgender Erwägung. Wenn auch, um nicht den ganzen wohlgefügten Bau des Rechtssystems mit einem völlig singulären und willkürlichen Satze zu durchbrechen, von Seite der juristischen Theorie behauptet werden muss, dass der mit der Freiheit eingesetzte Sklave zuvörderst Erbe und erst in Folge dessen auch frei werde: so ist doch dieses zweite eine so unmittelbare und augenblickliche Wirkung jenes ersten, dass praktisch beides nicht in verschiedene auf einander folgende Momente

15) Mittelbar beweisen auch die L. 9 §. 14, L. 51 pr. D. eod. 28, 5, dass so, wie im Text angegeben, der juristische Verlauf zu denken ist.

verlegt werden kann, sondern vielmehr für vollkommen gleichzeitig geachtet werden muss. Beides geht gleichsam mit einem Schlage vor sich, wie wenn etwa jemand, um einen Gegenstand zu spalten, einen Meissel darauf setzt und nun mit einem Hammer auf den Meissel schlägt. Hier ist zwar nichts sicherer und augenscheinlicher, als dass der Hammer zuerst den Meissel und dann erst in Folge davon der Meissel den zu spaltenden Gegenstand trifft; allein wer wird trotzdem diese beiden Momente praktisch unterscheiden und aus einander halten wollen? Lässt sich aber der Moment, in dem der Sklave Erbe geworden, von demjenigen, in dem er frei geworden, praktisch nicht unterscheiden, so wäre es reine theoretische Haarspalterei, wenn man ihn nicht in Gemässheit des Willens des Testators die Erbschaft für sich selbst erwerben lassen wollte.[16]

Gesetzt aber, der Sklave würde in dem Momente, da er die Erbschaft aus dem Testamente seines Herrn als necessarius heres erwirbt, nicht frei, sondern Eigenthum eines andern, so verlangt es dann die Consequenz, ihn die Erbschaft für seinen neuen Herrn erwerben zu lassen. So lag der Fall nach der Auffassung Mäcian's, wenn ein castrensischer Sklave von dem Gewalthaber des Haussohns zum Erben ernannt worden ist, und seine Entscheidung in der cit. L. 18 pr. D. h. t. 49, 17 wird sich daher nunmehr vollständig erklären.[17]

---

16) Zur Unterstützung der Ausführungen des Textes will ich es nicht unterlassen, auf eine ganz verwandte Schlussfolgerung und Entscheidung in der L. 68 §. 1 D. de legat. I. (30) aus Gaii lib. I. ad Edict. provinc. aufmerksam zu machen. Die Stelle lautet so: Sed si servo post mortem domini relictum legatum est, si quidem in ea causa durabit, ad heredem domini pertineat usque adeo, ut idem iuris sit, et si testamento domini liber esse iussus fuerit; ante enim cedit dies legati, quam aliquis heres domino existat, quo fit, ut hereditati acquisitum legatum postea herede aliquo existente ad eum pertineat, praeterquam si suus heres aliquis aut necessarius domino ex eo testamento factus erit; tunc enim, *quia in unum concurrit*, ut et heres existat et dies legati cedat, *probabilius dicitur*, *ad ipsum potius*, *cui relictum est*, *pertinere legatum*, *quam ad heredem eius*, *a quo libertatem consequitur*.

17) Uebrigens scheinen doch nicht alle römische Juristen dergleichen Ausnahmen von der Ungültigkeit der Erbeinsetzung eigener Sklaven ohne

Werfen wir schliesslich einen Rückblick auf die Erörterungen in diesem und dem vorigen Paragraphen, so zeigt sich, dass der Gewalthaber zwar noch immer als der Eigenthümer des castrense peculium angesehen wurde, dass er aber doch zu Gunsten des Sohnes in der Verfügung über diese Vermögensmasse sehr erheblich beschränkt war. Ausserordentlich genau redet also auch hier wieder die sechszehnte Satire Juvenal's, wenn es in v. 52 sqq. heisst:

nam quae sunt parta labore
Militiae, placuit, non esse in corpore census,
Omne tenet cuius regimen pater.[18]

§. 17.

Der Haussohn hatte aber nicht allein das selbständige Recht der Verwaltung und Nutzung des castrense peculium, sondern

---

Freiheitsertheilung anerkannt zu haben. Man vergleiche die L. 76 D. de hered. inst. 28, 5, wo in einem der L. 18 pr. cit. in allen hier entscheidenden Merkmalen ganz analogen Fall Papinian dennoch die Freiheitsertheilung zur gültigen Erbeinsetzung des Sklaven, ja sogar zur gültigen Bedenkung mit einem Legate verlangt. — Sehr ungenügend ist die Behandlung der L. 18 pr. cit. bei Ant. Faber, Iurispr. Pap. tit. XI. princ. VI. ill. 12. Er fühlt wohl, dass Mäcian's Entscheidung mit andern (jüngern) Stellen in Widerstreit stehe, und will sie daher so erklären: der Sohn werde necessarius heres nur, falls er nach dem Vater intestatus und non alienato servo sterbe; denn sonst würde sich ja erweisen, dass der Vater einen fremden Sklaven eingesetzt hätte, der niemals jemanden zum necessarius heres des Testators machen könne. Retes cap. VI. §. 9 (p. 258) scheint wenigstens die eigentlichen Schwierigkeiten der Stelle gar nicht bemerkt zu haben. Ganz und gar verkehrt ist die Auslegung der Glosse (glo. Necessarium ad h. l.): der Sohn werde necessarius heres; denn „aut iubet et erit per eum (sc. servum) heres, aut non, et erit per se necessarius.“

18) Census ist hier natürlich so viel, wie facultates, patrimonium, eine Bedeutung, in der das Wort gar nicht selten vorkommt. S. Klotz, Handwörterbuch unter Census. b.; Brisson. de Verb. Sign. v. Census nr. 6. Vgl. auch L. 16 pr. D. ad SC. Treb. 36, 1; L. 7 C. qui bon. ced. 7, 71; Retes cap. II. §. 2 (p. 243), cap. VI. §. 8 (p. 258). Wenn Burchardi, Lehrb. des röm. Rechtes. II. Abth. 1. §. 94 Anm. 2 (2. Ausg. S. 210) in der Stelle Juvenal's eine Andeutung finden will, dass vielleicht das castrense peculium steuerfrei gewesen, so fehlt es dieser Vermuthung doch wohl an jedem zulänglichen Grunde.

auch und namentlich das Recht, darüber zu testieren und es dadurch seinem Gewalthaber völlig zu entziehen.[1]

Mit dieser Testierbefugniss verhielt es sich im ganzen sehr einfach. Der Haussohn konnte vor allen Dingen in Ansehung des castrense peculium einen oder mehrere Erben ernennen; denn dieses war der eigentliche Inhalt und Zweck des ihm ertheilten Privileges. Daneben konnte er aber in seinem Testamente gewiss von Anfang an auch noch andere letztwillige Verfügungen machen; nämlich dieselben, wie, abgesehen von der Gewaltuntergebenheit alles andere gleich gedacht, ein paterfamilias. Also natürlich nicht solche, welche Rechte voraussetzten, die er nicht hatte; denn dergleichen wären ja auch einem paterfamilias nicht möglich gewesen. Darum konnte z. B. der Haussohn seinen Kindern keinen Tutor ernennen. Hiezu gehört väterliche Gewalt, die nicht dem Haussohn, sondern seinem Gewalthaber zustand. Ferner konnte aus dem gleichen Grunde in dem Testamente des Haussohns keine echte Pupillarsubstitution vorkommen.[2] Aber auch zu letztwilligen Verfügungen, die nothwendig Eigenthum voraussetzen, war der Haussohn in der Zeit, die uns hier beschäftigt, in Betreff der castrensischen Sachen noch nicht fähig; denn das Eigenthum derselben wurde ja noch immer nicht ihm, sondern seinem Gewalthaber zugeschrieben. Wegen dieses mangelnden Eigenthums konnte er z. B. castrensische Sklaven nicht direct testamentarisch für frei erklären;[3] und für diese Consequenz besitzen wir sogar in der L. 19 §. 3 D. h. t. 49, 17 ein zwar nur mittelbares, aber deswegen nicht minder deutliches äusseres Zeugniss. Denn aus der ganzen Darstellung dieser Stelle geht doch unverkennbar hervor, dass auch

1) Dieses Verhältniss klingt noch in dem Sprachgebrauche der spätern Zeit nach: non nunc acquiritur, sed *non adimitur* oder *non alienatur* u. dgl.: L. 1 §. 22 D. de collat. 37, 6, L. 9 D. h. t. 49, 17 (Ulp.), L. 17 pr. D. h. t. (Papin.), L. 19 §. 3 D. h. t. (Tryphon.). Es beweist wiederum deutlich, dass bei Lebzeiten des Sohnes der Gewalthaber als der Eigenthümer des castrense peculium galt.

2) Beides galt selbst noch in dem spätern Rechte. Vgl. L. 28 D. de test. mil. 29, 1 (Ulp.) und L. 41 §. 4 D. eod. (Tryphon.). S. §. 29.

3) Vgl. z. B. Gai. II, 267, Ulp. I, 23.

die testamentarische Freilassung eines castrensischen Sklaven dem Haussohn erst seit der Verordnung Hadrian's möglich war, die ihm überhaupt die Freilassung solcher Sklaven als ein selbständiges und von dem Gewalthaber unabhängiges Recht gewährte. Desgleichen konnte ihm wegen des nämlichen Mangels ein eigentliches Vindicationslegat castrensischer Sachen nicht möglich sein.[4] Dieses war jedoch praktisch nicht von sehr grossem Belange. Nicht nur wegen des bei Gai. II, 197 erwähnten SC. Neronianum, sondern auch, weil es ja überhaupt bei den Soldatentestamenten mit den Formen und gebrauchten Ausdrücken so genau nicht genommen wurde. Und man darf nicht vergessen, dass bis auf Hadrian das Testament des Haussohns über sein castrense peculium allemal auch das Testament eines Soldaten war, da seine Testierbefugniss nicht länger dauerte, als sein Soldatenstand, und dass diesem Testament also stets alle Privilegien des Soldatentestamentes zu gute kamen.

Gesetzt nun, dass der Haussohn mit Hinterlassung eines gültigen Testamentes verstarb, und dass die von ihm eingesetzten Erben auch antraten, so gieng das castrense peculium als hereditas und nach dem Rechte der hereditas auf sie über.[5]

---

4) Vgl. Gai. II, 196, Ulp. XXIV, 7, 11 a und andere Stellen. Der Ausspruch im Texte wird in interessanter Weise unterstützt durch folgende Aeusserung der Turiner Institutionenglosse nr. 132 ad Inst. II, 7 de donat. §. 1 v. per omnia fere (Zeitschrift für Rechtsgeschichte VII. S. 60): „Fere“ dixit, quia filius familias habens castrense peculium donationes quidem mortis causa facere potest, *legatum vero relinquere non potest.* Diesen auffallenden Satz, der für das Justinianische und schon für das spätere klassische Recht laut der Aussprüche des Gaius in der L. 17 §. 3 D. de test. mil. 29, 1, des Paulus in der L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2 und der L. 15 D. de m. c. don. 39, 6, endlich des Papinian in der L. 17 §. 1 D. h. t. 49, 17 entschieden nicht richtig ist, kann der Verfasser der Glosse unmöglich erfunden haben. Auch ist nicht zu glauben, dass ihn wegen mangelhafter Kenntniss der Quellen eine falsche allgemeine Theorie dazu verführt haben könnte, da alle Analogie nicht für, sondern gegen eine solche Unterscheidung sprach. Es bleibt also nichts übrig, als die Annahme, dass hier aus einem ältern Juristen geschöpft sei, der noch auf dem Boden der ursprünglichen Auffassung des castrense peculium stand.

5) Man vergleiche einstweilen die L. 2 und die L. 9 D. h. t. 49, 17, beide von Ulpian. Vollständigere Belege werden später gegeben werden.

Und hierüber bestand unter den römischen Juristen schwerlich jemals ein eigentlicher Streit; denn, wenn der Haussohn über das castrense peculium gültig testieren, das heisst einen Erben ernennen konnte, so verstand sich doch als die nothwendigste Folge ganz von selbst, dass es durch den Antritt des ernannten Erben zur hereditas werden und als solche beurtheilt werden müsse.[6] Wenn daher Ulpian in der L. 2 §. 2 D. fam. erc. 10, 2 erklärt: fortius defendi potest, hereditatem effectam *per constitutiones*, so dürfen wir dabei nicht, wie Mühlenbruch in dem Archiv für die civilistische Praxis XVII. S. 342 Anm. 43 thut, an eigene Constitutionen gerade über diesen Punkt denken, sondern nur an eine Folge, welche aus der dem Haussohn durch Constitutionen verliehenen Testierbefugniss von selbst auf dem Wege der logischen Schlussfolgerung herzuleiten war.[7]

---

6) Durch diesen höchst einfachen Schluss widerlegt sich von vornherein die Meinung mancher Schriftsteller, als ob die Römer den von dem Haussohn ernannten Erben doch nicht für einen ganz eigentlichen heres angesehen hätten. So schon Ant. Faber, Iurispr. Pap. tit. XI. princ. VI. ill. 1 in f.; ferner Mühlenbruch in den Observatt. iur. rom. (1818) p. 31 und in dem Archiv für die civilist. Praxis XVII. S. 341 fg., Hasse ebendaselbst V. S. 48, bes. Anm. 85, Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechts I. §. 187 (S. 687), Glück, Commentar XXXIV. S. 104. Von den Quellen wird diese Annahme in keiner Weise unterstützt. Einer der stärksten Gründe, die man zu ihren Gunsten anführt, ist z. B. der, dass Paulus in der L. 34 pr. D. de H. P. 5, 3 sagt: Filiifamilias militis *puto* peti posse hereditatem ex testamento nobis obvenientem. Daraus soll sich nämlich ergeben, dass Paulus dieses bloss als seine Privatmeinung vortrage! Der Hauptgrund scheint aber in dem Gedanken zu liegen, dass es doch gar zu singulär sein würde, wenn ein Haussohn einen eigentlichen heres haben könnte. Und sicherlich; mit einer Singularität haben wir es unzweifelhaft zu thun. Allein sie besteht nur darin, dass der Haussohn testieren, das heisst sich einen Erben ernennen kann. Dass der ernannte dann auch wirklicher Erbe wird, ist nichts weiter mehr, als eine einfache und unvermeidliche Consequenz. — Ueber eine andere Frage, die man aufgeworfen hat, ob der von dem Haussohn ernannte Erbe prätorischer Successor sei, oder die Rechte eines Civilerben habe (Hasse a. a. O., Glück a. a. O. S. 105), kann ich mit einer blossen Erwähnung hinweggehen.

7) Man vergleiche auch die L. 18 pr. D. de stip. serv. 45, 3 (Papin.), wo bei allen übrigen Schwierigkeiten der Stelle doch wenigstens dieses Verhältniss ganz deutlich zu Tage kommt.

Zu seinem Erben konnte der Haussohn natürlich auch seinen Gewalthaber einsetzen. Dann hieng es von diesem ab, ob er antreten und also das castrense peculium nach Erbschaftsrecht, oder ob er ausschlagen und es folglich nach Peculienrechte haben wollte.[8]

§. 18.

Falls nämlich der Haussohn ohne ein gültiges Testament verstarb, sei es, dass er gar keines hinterlassen, oder aber, dass niemand daraus Erbe wurde: so machte sich wiederum der Umstand geltend, dass das castrense peculium seiner juristischen Natur nach nicht etwa ein eigenes Vermögen des Sohnes war, sondern ein blosses peculium, wenn auch immerhin ein vielfach ausgezeichnetes. Dieses peculium war nicht durch testamentarische Verfügung des Sohnes dem Gewalthaber entzogen. Daraus folgte von selbst, dass es als peculium bei dem Gewalthaber zurückblieb und, da nunmehr jeder Anlass zu einer besondern Auszeichnung aufgehört hatte, deren einziger Grund überhaupt nur eine Begünstigung des Sohnes gewesen, ganz nach den nämlichen Rechtsgrundsätzen, wie jedes andere bei dem Tode des Gewaltuntergebenen an den Gewalthaber thatsächlich zurückfallende peculium, beurtheilt wurde.[1]

Von der Intestaterbfolge war dieser Vorgang für die rein theoretische Betrachtung natürlich sehr wesentlich verschieden. Nichts desto weniger konnte er aus dem praktischen Standpunkte von Anfang an, seitdem der Haussohn über das castrense peculium testieren konnte, kaum anders, als in dem Lichte einer Art von

8) Doch wurde wohl von Anfang an das Edict Si quis omissa causa testamenti auf ihn angewandt. Man vergleiche L. 17 §. 3 D. de test. mil. 29, 1 (Gai.), L. 17 §. 1 D. h. t. 49, 17 (Papin), L. 18 pr. in f. D. ad L. Falc. 35, 2 (Paul.), und verbinde damit die L. 1 §. 9, L. 4 §. 2 D. si quis omissa c. test. 29, 4.

1) Auch dieses spiegelt sich noch in dem Sprachgebrauche der spätern Zeit: castrense peculium apud patrem *remanet* oder *residet* u. dgl.: L. 1 D. h. t. 49, 17, L. 44 pr. D. de legat. I. (30), beide von Ulpian, L. 14 §. 1, L. 17 pr. D. h. t. von Papinian, L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2 von Paulus, L. 5 C. h. t. 12, 37 von Diocletian und Maximian. Vgl. auch §. 17 Anm. 1.

Intestaterbrecht erscheinen. Und es ist daher leicht erklärlich, dass man, wie wir aus der L. 10 pr. D. ad SC. Tertull. 38, 17, einem Bruchstück aus dem lib. II. Senatusconsultorum des Pomponius, ersehen, schon frühzeitig zu der Frage gelangte, ob nicht bei testamentlosem Tode des Haussohnes unter Umständen seine Mutter kraft des SC. Tertullianum mit Vorzug vor seinem Gewalthaber das castrense peculium erhalten müsse. Pomponius entscheidet sich für die Verneinung. Denn, wenn dem Haussohn die Vergünstigung eingeräumt sei, sich durch letzten Willen in Ansehung des castrense peculium einen Erben zu ernennen, so dürfe man daraus noch nicht ohne weiteres folgern, dass er zu diesem Vermögen ganz und gar die Stellung eines paterfamilias einnehme, und dass es folglich, falls der Haussohn ohne Testament versterbe, nun auch einer Intestaterbfolge und den Grundsätzen derselben unterliege. Doch ich will lieber die Stelle selbst reden lassen. Sie lautet so:

> Si filiusfamilias miles non sit testatus de his, quae in castris acquisierit, an ea ad matrem pertineant, videndum est. Sed non puto; magis enim *iudicio militum* hoc beneficium concessum est, *non ut omnimodo quasi patresfamiliarum in ea re sint.*[2]

Auch dann nahm das castrense peculium die Eigenschaft eines gewöhnlichen Peculiums an, wenn der Sohn schimpflich vom

---

2) Man könnte etwa noch fragen, wie überhaupt der von Pomponius angeregte Zweifel möglich gewesen, da nach dem SC. Tertullianum die Mutter ohnehin durch den Vater ausgeschlossen war. Vgl. Ulp. XXVI, 8; §. 3 I. de SC. Tert. 3, 3; L. 10 D. de suis et legit. 38, 16; L. 2 §. 15—19, L. 3, L. 5 §. 2 D. ad SC. Tert. 38, 17; L. 2 C. eod. 6, 56. Manche haben darin wirklich eine ernstliche Schwierigkeit erblickt, z. B. Ant. Faber, Iurispr. Pap. tit. XI. princ. VI. ill. 5, vgl. Retes cap. IX. §. 7 (p. 270). Allein Pomponius setzt in der Stelle natürlich einen Fall voraus, in dem bei eintretender Intestaterbfolge die Mutter zunächst berufen wäre, und ein solcher ergiebt sich sofort, wenn wir uns den Vater als gestorben und den filiusfamilias miles in der Gewalt des Grossvaters denken; denn dem Grossvater geht nach dem SC. Tertullianum die Mutter vor: L. 2 §. 15 D. ad SC. Tert. 38, 17; §. 3 I. eod. 3, 3. Schon Retes hat dieses ganz richtig ausgeführt. Eine andere Auslegung giebt Schirmer, Handbuch des röm. Erbrechts I. S. 155 Anm. 94.

Heer entlassen wurde. Er hatte damit jeden Antheil an den Begünstigungen des Soldatenstandes verwirkt.[3]

Schwieriger wird die Frage bei der Voraussetzung ehrenhafter Verabschiedung. Wir wissen zwar, dass in der Zeit, bei welcher wir hier verweilen, der Sohn als veteranus nicht mehr über das castrense peculium testieren konnte (§. 2); allein es kann gleichwohl sehr zweifelhaft sein, ob er nicht immer noch wenigstens die selbständige Verwaltung desselben behielt, oder ob er sie nicht allermindestens so lange behielt, als die Geltung seines während des Soldatenstandes errichteten Testamentes fortdauerte, das heisst noch ein Jahr lang seit der Verabschiedung.[4] Ich enthalte mich bei dem gänzlichen Stillschweigen der Quellen selbst jeder Muthmassung hierüber.

Es bleibt jetzt nur noch der Fall zu betrachten, dass der Haussohn während der Dauer seiner privilegierten Stellung gewaltfrei wird, sei es durch den Tod seines Vaters, sei es durch Emancipation. In diesem Fall wurde aber das castrense peculium volles freies Eigenthum des Sohnes. Namentlich kam es also bei dem Tode des Vaters nicht etwa gleich einem gewöhnlichen Peculium, in die Erbschaft desselben, sondern es fiel ausschliesslich dem Sohne zu. Und auch dieses war ohne Zweifel von Anfang an anerkannt worden. Denn nicht nur wird es in dem pr. I. quib. non est perm. 2, 12 mit als eine unmittelbare Folge aus der dem Haussohn verliehenen Testierbefugniss aufgeführt,[5] sondern es wird auch von Mäcian in der L. 18 pr. D.

---

3) Dieses galt selbst noch in der Folgezeit: L. 26 D. de test. mil. 29, 1 von Macer.

4) Ulp. XXIII, 10 in f., §. 3 I. de mil. test. 2, 11, L. 21, 26, 38 pr. D. eod. 29, 1, L. 5 C. eod. 6, 21. Diese beschränkte Dauer der Gültigkeit bezieht sich freilich nur auf diejenigen Testamente, die ihren Rechtsbestand bloss auf die militärischen Privilegien stützen können, nicht auf diejenigen, die auch abgesehen von dem Soldatenstande ihres Urhebers gültig sein würden. Jenes traf aber bis auf Hadrian bei Testamenten von Haussöhnen über ihr castrense peculium allemal zu, selbst wenn sie etwa in der gemeinrechtlichen Form errichtet waren, da die Testierbefugniss über das castrense peculium mit dem Soldatenstand aufhörte.

5) In den Worten: Ex hoc intelligere possumus: quod in castris acquisierit miles, qui in potestate patris est, — — neque patre mortuo

h. t. 49, 17 vorausgesetzt. Denn die darin gegebene Entscheidung lässt sich, wie wir gesehen haben, nicht anders erklären, als mit der Annahme, dass in dem Augenblicke des Todes des Vaters und Gewalthabers der Sohn alsbald das volle und alleinige Eigenthum des castrense peculium und der dazu gehörigen Sachen erlange. (§. 16.) Die Ableitung dieses Satzes aus der Testierbefugniss geschah wahrscheinlich mittels folgender Erwägung. Wenn der Sohn schon als Haussohn die Testierbefugniss über sein castrense peculium habe, so könne er sie dadurch, dass er gewaltfrei werde, also in eine bessere rechtliche Lage komme, nicht einbüssen. Solle er sie aber behalten, so müsse man ihm das castrense peculium nunmehr als eigenes Vermögen zuschreiben, da bei einem Gewaltfreien von einem peculium nicht mehr die Rede sein könne.

In diesem Stücke verhielt sich also das castrense peculium ähnlich, wie die für eine Haustochter bestellte dos.[6] Galt aber die Analogie noch in weiterm Umfange? Musste der Haussohn seinen Geschwistern, falls er neben ihnen den Vater beerben wollte, das castrense peculium wenigstens conferieren? Ich halte es für nicht zu gewagt, diese Frage zu bejahen. Zwar lässt sich dafür kein unmittelbares Quellenzeugniss beibringen, und aus der spätern Zeit finden sich sogar vielfache bestimmte Zeugnisse für das Gegentheil. (§. 27.) Allein da Ulpian in der L. 1 §. 15 D. de coll. 37, 6 diese Befreiung von der Collation auf kaiserliche Constitutionen gründet, so glaube ich, dürfen wir schliessen, dass man sie ursprünglich noch nicht zugestand.[7] Die

---

cum fratribus commune esse, sed scilicet *proprium eius esse* id quod in castris acquisierit. Der letzte Satz: sed scilicet rel. bildet also, wie ich glaube, (wenigstens im Sinne des ursprünglichen Verfassers; vgl. §. 15 Anm. 2), einen Gegensatz bloss zu dem unmittelbar vorhergehenden: neque patre mortuo rel., und nicht etwa zu allen drei vorausgehenden, mit Ex hoc intelligere possumus eingeleiteten Sätzen. Vgl. auch Theophil. ad h. l.

6) Ich verweise auf Fein, Das Recht der Collation (1842) S. 147 ff. Man vergleiche besonders die L. 14 pr. in f. D. ad L. Falc. 35, 2: dos in hereditate patris non invenitur.

7) Fein S. 61 Anm. 129 will die L. 1 §. 15 cit. nur auf einen Emancipierten beziehen; allein zu einer solchen Beschränkung besteht durchaus kein Grund. Zudem versteht sich wohl von selbst, dass die Freiheit



L. 54 D. ad SC. Treb. 36, 1 gewährt einigen Anhalt, an Marc Aurel als den Urheber dieser Vergünstigung zu denken.[8]

§. 19.

In dem geschilderten Rechtszustande traten seit Hadrian wesentliche Veränderungen zu Gunsten des Sohnes ein. Den Anstoss dazu gaben drei Verordnungen dieses Kaisers, für die sich leider nur die Reihenfolge, nicht aber die Zeit selbst mit einiger Wahrscheinlichkeit bestimmen lässt.

1) Die erste Verordnung war die schon früher besprochene (§. 2), dass der Haussohn über sein castrense peculium auch noch als veteranus, das heisst nach ehrenhafter Verabschiedung von dem Soldatenstande, sollte ein Testament errichten dürfen.[1]

---

von der Collation castrensischer Erwerbungen entweder gleichermaassen für den suus und den emancipatus gelten musste, oder für keinen von beiden. Denn der Emancipierte braucht überhaupt nur zu conferieren, was, wenn er suus wäre, bei der Theilung der väterlichen Erbschaft mit zur Vertheilung käme. Vgl. Fein S. 33 fg., 61 ff.

8) Denn es heisst in der Stelle: Quum enim de conferendis bonis fratribus ab emancipato filio quaereretur, praecipuum autem, quod in castris fuerat acquisitum militi, relinqui *placeret*, consultus Imperator (sc. Divus Marcus) — — constituit rel. Hätte Papinian nur eine allgemein anerkannte Rechtswahrheit aussprechen wollen, so hätte er doch wohl das Präsens placeat gebraucht. Indem er sich der vergangenen Zeit, wie bei quaereretur, bedient, scheint er vielmehr anzudeuten, erst Marcus habe, bei Gelegenheit des von Papinian berichteten Rechtsfalls oder schon früher, bestimmt, was ein Soldat im Kriegsdienst erworben, brauche nicht conferiert zu werden. Ich habe übrigens schon durch die vorsichtige Fassung des Textes zugegeben, dass der Schluss kein besonders zwingender ist.

1) Pr. I. quib. non est perm. 2, 12, Theophil. ad. h. l. Vorausgesetzt wird dieses Recht des veteranus in einer ganzen Reihe von Stellen: Gai. II, 106 = §. 9 I. de test. ord. 2, 10, L. 19 §. 2 D. h. t. 49, 17 (Tryphon.), L. 17 §. 1 D. eod. (Papin.), L. 23 D. de testamento militis 29, 1 (Tertull.), L. 20 §. 2 D. qui testamenta facere possunt 28, 1, L. 6 §. 13 D. de iniusto, rupto, irrito facto testamento 28, 3, L. 13 §. 1 D. de testamento militis 29, 1, L. 9 D. de iure codicillorum 29, 7, L. 1 §. 8 D. de B. P. secundum tabulas 37, 11, sämmtlich von Ulpian, L. 18 pr. D. ad L. Falcidiam 35, 2 (Paulus), L. 114 pr. D. de legatis I. (30) von Marcian. Endlich gehört hierher auch Paul. III, 4 A §. 3: Filiusfamilias, qui militavit, de castrensi peculio tam communi quam proprio iure testamen-

Mit dieser Neuerung war unmittelbar die Folge verbunden, dass, abgerechnet einzig den Fall der Verwirkung durch schlechtes Verhalten, der Haussohn die in den vorigen Paragraphen erörterte privilegierte Stellung zu dem castrense peculium jetzt allemal für die ganze Zeit seines Lebens behielt. Hiemit hatte dieses Privileg aber nicht allein seinen bisherigen Charakter einer vorübergehenden Begünstigung verloren, sondern es war auch von der Verknüpfung mit dem wirklichen Soldatenstande gelöst. Daher konnte und musste jetzt die Vorstellung entstehen, dass es nicht sowohl ein persönliches Privileg der gewaltunterthänigen Soldaten, als vielmehr ein sachliches Privileg des im Kriegsdienst erworbenen Peculiums sei. Hatte man aber an dieses Peculium seines Ursprunges wegen einmal besondere Privilegien, namentlich das weitgehende Privileg der Testierbefugniss, geknüpft, so konnte es keinen grossen Bedenken unterliegen, dem Haussohn in Ansehung dieses Vermögens auch noch weitere Befugnisse zu gewähren, wie sie an sich nur einem Gewaltfreien über sein Vermögen zukamen. Hadrian selbst that in dieser Richtung noch wichtige Schritte. Zuvörderst, indem er

2) durch eine andere Verordnung verfügte, dass der Haussohn castrensische Sklaven nach eigenem Belieben und ohne Rücksicht auf den Willen seines Gewalthabers solle freilassen können.[2]

---

tum facere potest. Diesem Wortlaute nach scheint aber die Stelle einen innern Widerspruch zu enthalten, und man hat daher verschiedene Emendationen vorgeschlagen. So soll nach Rittershusen statt militavit gesetzt werden militat (vgl. die Ausgaben des Paulus von Arndts und Huschke), während Huschke lesen will: Filiusfamilias miles quive militavit. Dem einen wie dem andern steht jedoch die Uebereinstimmung sämmtlicher Handschriften entgegen. Im Hinblick auf den §. 4 I. quib. mod. ius pot. 1, 12: Filiusfamilias si *militaverit* — — manet in patris potestate; *militia* enim — — de patris potestate filium non liberat, und auf die L. 6 pr., L. 18 D. de re iud. 42, 1: *Miles*, qui sub armata militia stipendia *meruit* rel. wird durch das Perfectum militavit die Beziehung auf den noch im wirklichen Dienste befindlichen Soldaten nicht nothwendig ausgeschlossen, und jede Textesänderung wäre also überflüssig.

2) L. 19 §. 3 D. h. t. 49, 17. S. §. 14 Nr. 3. Dass diese Verordnung später, als die vorige, ergangen, hat nicht nur eine innere Wahrschein-



Diese Verfügung musste von selbst auf die Frage führen, wer über einen solchen Freigelassenen das Patronatrecht erwerbe: eine Frage, welche durch sie noch gar nicht ohne weiteres erledigt war. Denn mit der Befugniss, den Freilassungsact wirksam vorzunehmen, geht der Erwerb des Patronatrechtes über den Freigelassenen gar nicht unbedingt und allemal Hand in Hand. Und namentlich dann nicht, wenn ein Haussohn einen Sklaven seines Gewalthabers freigelassen hat. Ist eine solche Freilassung mit Genehmigung des Gewalthabers geschehen, so ist sie zwar wirksam und verschafft dem Sklaven die Freiheit, allein sie macht nicht den Haussohn, der den Freilassungsact vollzogen, sondern den Gewalthaber selbst zum Patron des Freigelassenen. (§. 16 Anm. 4.)

Diesem feststehenden Rechtsgrundsatze gegenüber war es recht gut möglich, auch die Verordnung Hadrian's ihrem Wortlaute gemäss nur auf die Befugniss zur Freilassung allein, und nicht zugleich auf den Erwerb des Patronatrechtes zu beziehen. Wie man schon bisher in Betreff der Verwaltung des castrense peculium angenommen, dass die kaiserliche Verwilligung gewissermaassen anstatt der väterlichen eintrete (§. 15): so konnte man auch hier annehmen, dass die neue kaiserliche Vergünstigung nichts weiter thue, als etwas dem Haussohn ein für allemal erlauben, was bisher der besondern Genehmigung des Gewalthabers bedurft hatte, dass sie also gleichsam nur diese letztere durch eine Art von praesumtio iuris et de iure ersetze und ergänze. Und diese Auslegung musste sich um desto mehr empfehlen, weil man sonst zu einem höchst singulären Ergeb-

---

lichkeit für sich, da doch zu vermuthen steht, dass zuerst die Dauer und dann erst der Umfang der Rechte des Haussohns erweitert worden sei, sondern es deutet darauf auch die Art, wie Tryphonin in der L. 19 §. 3 cit. ihren Inhalt angiebt: filium posse manumittere *talis peculii* servum, Hadrianus constituit. Es ist schwerlich blosser Zufall, dass hier jede Beschränkung auf die Soldatenzeit (auf den sonst so gewöhnlich genannten „filiusfamilias miles“) fehlt. Als ein weiteres unterstützendes Moment lässt sich einigermaassen das „quamdiu *vivit*“ in der sogleich zu besprechenden L. 22 D. de bon. lib. 38, 2 anführen; doch möchte ich selbst auf dieses Moment nicht allzu viel bauen.

nisse gelangt wäre. Denn nicht nur wäre es auf dem Standpunkte der damals noch bestehenden Rechtsanschauungen singulär gewesen, einem Haussohn überhaupt ein eigenes Patronatrecht zuzuschreiben, sondern die Anerkennung dieser Singularität hätte auch zu der weitern, noch grössern geführt, dass jemand die Patronatrechte erwerben könne über Freigelassene, die er als Sklaven gar nicht im Eigenthum gehabt. Und man darf nie vergessen, dass damals noch immer der Gewalthaber und nicht der Sohn als der Eigenthümer des castrense peculium und der dazu gehörigen Sachen galt.

Freilich liess sich als die Willensmeinung des Kaisers füglich nicht verkennen, dass der Haussohn denn doch nicht bloss die nackte Befugniss der Freilassung castrensischer Sklaven, sondern dass er in Folge solcher Freilassungen auch die vermögensrechtlichen Vortheile des Patronates haben sollte. Allein dieser Willensmeinung konnte man vollkommen gerecht werden, ohne doch in jene Singularitäten zu verfallen, sobald man sich entschloss zu thun, was den Umständen nach ohnehin als ganz sachgemäss erscheinen musste, nämlich die vermögensrechtliche Seite des Patronatrechtes ähnlich einem Vermögensbestandtheil zu behandeln und gewissermaassen als ein Stück des castrense peculium zu betrachten. Daraus ergab sich dann, dass zwar der Gewalthaber der eigentliche Patron der Freigelassenen im Rechtssinne war, dass aber der Haussohn Zeit Lebens den Genuss der Vermögensvortheile des Patronatrechtes hatte. Starb also z. B. ein solcher Freigelassener bei Lebzeiten des Gewalthabers und des Haussohnes, so war zwar jener der berufene heres legitimus, allein die Erbschaft kam auch wieder in das castrense peculium und wurde damit der Verwaltung und Nutzung des Sohnes, überhaupt dem gesammten Rechte des castrense peculium unterworfen.

Aus diesen schon von Retes cap. VI. §. 17 (p. 260) ganz richtig erfassten und entwickelten Gesichtspunkten hat Julian das Verhältniss beurtheilt in dem 27. Buche seiner Digesten, dessen Abfassung demnach in die Zwischenzeit zwischen dieser und der sogleich zu nennenden dritten Hadrianischen Verordnung fällt. Seine Entscheidung ist uns aufbehalten in folgender als

L. 22 D. de bon. lib. 38, 2 in Justinian's Digesten aufgenommener Stelle aus Marcian's lib. I. Institutionum:

> Si filiusfamilias miles manumittat, secundum *Iuliani* quidem sententiam, quam libro XXVII. Digestorum probat, ***patris libertum faciet, sed quamdiu***, inquit, ***vivit, praefertur filius in bona eius patri.***

Durchaus im Einklange mit dieser Entscheidung sprach Julian in demselben Buche dem Haussohne noch immer die Befugniss ab, castrensische Sachen ohne Zustimmung des Gewalthabers zu verschenken. (S. 96.)

Jene erste Entscheidung Julian's ist für uns in hohem Maasse interessant. Nicht nur, weil sie einen neuen Beweis liefert, wie ihrer die Geschichte des castrense peculium freilich viele liefert, mit welcher Meisterschaft die römischen Juristen sich selbst mit völlig singulären und willkürlichen Satzungen abzufinden wussten, sondern auch weil sie auf das deutlichste zeigt, wie behutsam und conservativ diese Juristen auch auf dem Boden unseres Institutes vorgiengen, und wie wohl berechtigt also die innern Bedenken waren, die ich oben (S. 93) gegen eine andere Lehre vieler neuerer Schriftsteller geäussert. Dem Kaiser Hadrian war Julian's Entscheidung sogar zu conservativ. Die theoretischen Scrupel der Juristen hatten in seinen Augen wenig Bedeutung. Seine Meinung war auf ein einfacheres Verhältniss gerichtet gewesen, und er benutzte eine spätere Gelegenheit, um dieser Meinung einen ganz unzweideutigen Ausdruck zu geben. Er verordnete nämlich

3) in einem Rescript an Flavius Aper, dass durch die Freilassung eines castrensischen Sklaven nicht der Vater, sondern der Haussohn selbst der Patron des Freigelassenen werden solle. Marcian berichtet dieses in den unmittelbar folgenden Worten der vorhin genannten Stelle:

> Sed Divus Hadrianus Flavio Apro rescripsit, ***suum libertum eum facere, non patris.***

Und vollkommen gleichlautend wird der Inhalt des Rescriptes auch von Modestin in der L. 8 pr. D. de iure patron. 37, 14 (lib. VI. Regularum) angegeben:

Servum a filiofamilias milite manumissum, Divus Hadrianus rescripsit, *militem libertum suum facere, non patris.*

Wir dürfen daher nicht zweifeln, dass wir hier die eigenen Worte der Constitution vor uns haben.[3]

§. 20.

Wie sollte sich zu diesen Veränderungen die Wissenschaft verhalten? Ein zwiefacher Weg stand ihr offen, und wir finden, dass beiderlei Wege von den römischen Juristen eingeschlagen wurden.

Nach der einen möglichen Betrachtungsweise nahm man die Verordnungen Hadrian's, oder doch mindestens die beiden letzten derselben, für nichts mehr, als für das, was sie zunächst in der That nur waren; nämlich für ganz singuläre und willkürliche Bestimmungen, die zwar, so weit sie reichten, befolgt werden müssten, aus denen aber weitere Consequenzen oder gar eine Veränderung der principiellen Gestaltung des Institutes nicht abgeleitet werden könnten. Demgemäss blieb also das castrense peculium juristisch nach wie vor Vermögen und Eigenthum des Gewalthabers, an welchem nur dem Sohne das selbständige Recht

3) Die Constitution wird ferner erwähnt von Ulpian in der L. 3 §. 8 D. de bon. lib. 38, 2. Vgl. auch die L. 45 §. 3 D. de ritu nupt. 23, 2 (Ulp.) verb. „est enim patronus *secundum constitutiones*". Vorausgesetzt wird sie in folgenden Stellen, sämmtlich von Ulpian: L. 3 §. 3 D. de assign. lib. 38, 4; L. 3 §. 7 D. de suis et legit. 38, 16; L. 30 §. 2 D. qui et a quib. 40, 9; L. 6 D. h. t. 49, 17. Wahrscheinlich ein besonderes, etwas späteres Rescript war das in der L. 13 D. h. t. 49, 17 von Papinian (lib. XVI. Quaest.) erwähnte: Divus Hadrianus rescripsit in eo, quem militantem uxor heredem instituerat, filium extitisse heredem, et *ab eo servos hereditarios manumissos proprios eius libertos fieri.* Wenigstens lässt der verschiedene Wortlaut auf eine Verschiedenheit der beiden Rescripte schliessen, und das zweite beweist denn, wie sehr es dem Kaiser am Herzen lag, dass in diesem Stücke sein Wille von den Juristen nicht mehr missdeutet werde. Majansius §. 7 (p. 262) wirft freilich die beiden Rescripte ohne weiteres zusammen. Der Flavius Aper, an den das erste gerichtet war, ist ohne Zweifel der nämliche, der im J. 130 n. Chr. Consul war. (Clinton, Fasti romani. Vol. I. Oxford 1845. p. 116.) Könnte man die Verordnung mit diesem Consulat in eine Verbindung bringen, so wäre wenigstens für sie eine genaue Zeitbestimmung gewonnen. Leider fehlt es aber dafür an jedem genügenden Anhalte.

der Verwaltung und Nutzung und die Testierbefugniss zustand, und es war durch Hadrian's Verfügungen weiter nichts geschehen, als dass die Testierbefugniss über die Dienstzeit des Sohnes hinaus auf die ganze Lebenszeit verlängert, und dass ferner seinem Verwaltungsrechte noch die besondere Befugniss der selbständigen Freilassung castrensischer Sklaven zugelegt war, wozu dann, freilich als etwas durchaus singuläres und nicht anders als aus dem kaiserlichen Belieben und Gutdünken zu erklärendes, auch noch das Patronatrecht über die castrensischen Freigelassenen hinzukam.

Als der entschiedenste Anhänger dieser conservativen Richtung, zu deren Gunsten sich unleugbar mancherlei vorbringen liess, erscheint Mäcian. Obgleich sein Werk über die Fideicommisse, und, wie wir keinen genügenden Grund haben zu zweifeln, das ganze Werk, erst nach Hadrian verfasst ist, so findet sich doch in dem als L. 18 D. h. t. 49, 17 auf uns gekommenen Bruchstück aus dem ersten Buche noch ganz und gar die alte Auffassung des Institutes, und wir haben ja gerade aus dieser Stelle unsere Kenntniss der alten Auffassung vornehmlich schöpfen müssen. Auch Marcellus, wie seine vorsichtige Ausdrucksweise in der L. 15 D. de m. c. don. 39, 6 (S. 96) beweist, wagte es in seinen Noten zu Julian's Digesten noch nicht, mit ihr zu brechen, während er freilich in seinen ohne Zweifel jüngern Digesten nach Ausweis der L. 20 §. 2 D. qui test. fac. 28, 1, der L. 33 pr. D. de A. R. D. 41, 1 und der L. 9 D. h. t. 49, 17 schon sehr entschieden auf dem andern Standpunkte stand. Selbst noch bis in ziemlich späte Zeiten herein scheint sich jene alte Auffassung bei einzelnen erhalten zu haben. Wenigstens ist man nach der Art und Weise, wie sich Tertullian in der L. 4 D. h. t. 49, 17 (aus dem liber singularis de castrensi peculio) über das Rechtsverhältniss bei dem castrense peculium äussert, sehr wohl berechtigt zu der Vermuthung, dass auch er noch auf dieser Seite gestanden. Denn wie anders wäre es zu erklären, dass er in dem §. 1 der Stelle für nöthig findet, ausdrücklich zu sagen, was sich nach der sogleich zu schildernden neuern Auffassung ganz von selbst verstand, dass „actionem persecutionemque castrensium rerum semper filius *etiam invito patre*

habet"? und dass er ferner in dem §. 2 das Recht des Haussohns an dem castrense peculium als „permissa administratio" bezeichnet, da doch nach der neuern Auffassung dieses Recht über ein blosses Verwaltungsrecht weit hinaus gieng?

Diese andere, neuere Auffassung, als deren erster Urheber vielleicht Marcellus in seinen Digesten zu betrachten ist, die aber erst bei den allerjüngsten der klassischen Juristen, namentlich bei Papinian, Paulus und Ulpian, zu vollem und siegreichem Durchbruche gelangte, knüpfte sich an an die Verordnung Hadrian's, welche dem Haussohne das selbständige Recht der Freilassung castrensischer Sklaven verliehen, und ohne Zweifel auch an die weitere, dass der Sohn selbst und nicht mehr sein Gewalthaber der Patron solcher Freigelassener werden solle. Da der Kaiser jenes Recht ganz allgemein und unbedingt verwilligt hatte, so konnte jede Einschränkung, namentlich die Beschränkung auf die Freilassung unter Lebenden, wie sie vielleicht ursprünglich von manchen versucht worden sein mochte,[1] nicht anders, denn als willkürlich erscheinen. Zudem war mit Grund aus Hadrian's Bestimmung über das Patronatrecht zu schliessen, dass er dem Haussohn die Befugniss zur Freilassung in dem weitesten Maasse habe ertheilen wollen. Diese Befugniss musste daher für alle Arten der Freilassung und insbesondere auch für die directe testamentarische anerkannt werden. Nun war aber für die directe testamentarische Freilassung eine unumgängliche Voraussetzung das quiritarische Eigenthum an dem Sklaven, und zwar sowohl zur Zeit der Testamentserrichtung, als zur Sterbezeit des Testators.[2] Ferner war es ein feststehender Grundsatz, dass nur derjenige die Patronatrechte über einen Freigelassenen erhalte, in dessen Eigenthum letzterer als Sklave gestanden. Man schloss

1) Auf dem Standpunkte, welchen Julian laut der L. 22 D. de bon. lib. 38, 2 (S. 128) einnahm, konnte er doch wohl dem Haussohne nur erst eine Freilassung unter Lebenden und noch keine directe testamentarische Freilassung gestatten. Aus den sogleich zu entwickelnden Gründen.

2) Vgl. z. B. Gai. II, 267: nec *alius ullus* directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui utroque tempore *testatoris ex iure Quiritium fuerit*, et quo faceret testamentum et quo moreretur. Ulp. I, 23; Paul. III, 4 B. §. 7; §. 2 I. de sing. reb. per fideic. 2, 24 u. a.

daher so: wenn sich bei dem Haussohn unverkennbare Folgen und Wirkungen des Eigenthums zeigen, so muss man ihm nothwendig das Eigenthum selbst zuschreiben. Nun hätte es aber ferner keinen Sinn, den Haussohn als Eigenthümer gerade nur der castrensischen Sklaven zu betrachten; denn warum sollte zwischen dem Eigenthum dieser und der übrigen castrensischen Sachen ein Unterschied sein? Was von den Sklaven gilt, muss vielmehr von sämmtlichen castrensischen Sachen gelten.[3]

War man aber auf solche Weise einmal dahin gelangt, die castrensischen Sachen als Eigenthum des Haussohns und nicht mehr seines Gewalthabers anzusehen: so musste sich jetzt von selbst das castrense peculium als ein eigenes selbständiges Vermögen des Sohnes darstellen, dem dieser wie ein paterfamilias gegenüberstehe.[4] Und zu Gunsten dieser Betrachtungsweise

---

3) Dass man gerade diese Art der Schlussfolgerung anwandte, erhellt aus der L. 19 §. 3 D. h. t. 49, 17. Tryphonin wirft hier die Frage auf, ob ein von dem Vater in seinem Testamente direct für frei erklärter castrensischer Sklave, falls der Haussohn ohne Testament und dann erst der Vater versterbe, aus jener Freilassung die Freiheit erlange. Die Entscheidung sei zweifelhaft, „occurrebat enim, non posse *dominium* apud duos pro solido fuisse, *denique filium posse manumittere talis peculii servum Hadrianus constituit*, et si testamento tam filii quam patris idem servus accepisset libertatem et utrique pariter decessissent, non dubitaretur, ex testamento filii liberum eum esse.“ Das will offenbar sagen, genau wie im Texte gesagt worden: Hadrian hat verordnet, dass der Haussohn einen castrensischen Sklaven freilassen könne. Folglich kann er ihn auch testamentarisch freilassen. Folglich aber muss er auch als der Eigenthümer des Sklaven betrachtet werden, und da nun das Eigenthum nicht in solidum bei zweien zugleich, bei dem Sohne und bei dem Vater, sein kann, so lässt sich zweifeln, ob die testamentarische Freilassung von Seite des Vaters annoch, wie früher, eine Wirkung zu äussern vermöge. Wie Tryphonin über den Zweifel hinwegzuhelfen und die Wirksamkeit der Verfügung zu retten sucht, wird sich weiter unten ergeben. (S. 138.) Die Stelle zeigt aber ferner, dass man auf die im Text angegebene Weise von dem Eigenthum an den castrensischen Sklaven auf das Eigenthum an allen castrensischen Sachen schloss. Dieses lehren nämlich ihre Schlussworte: „retroque videatur habuisse *rerum* dominia.“

4) Man vergleiche einstweilen die L. 15 §. 3 D. h. t. 49, 17 (Papinian. lib. XXXV. Quaest.) verb.: non enim ut filius *duplex ius sustinet, patris et filii familias*, (nämlich patrisfamilias in Rücksicht des castrense peculium, filiifamilias im übrigen), ita servus, qui peculii castrensis est,

konnte man sich sogar noch auf eine eigene Aeusserung Hadrian's berufen. Denn nach Papinian's Bericht in der L. 13 und der L. 16 pr. D. h. t. 49, 17 hatte, als ein Haussohn und Soldat von seiner Frau zum Erben eingesetzt worden war, dieser Kaiser rescribiert: „der Sohn sei Erbe geworden, und die von ihm freigelassenen erbschaftlichen Sklaven würden seine eigenen Freigelassenen" (*filium extitisse heredem*, et ab eo servos hereditarios manumissos *proprios eius* libertos fieri). In Verbindung mit den übrigen Verordnungen Hadrian's konnte das gewiss zu der Annahme berechtigen, schon dieser Kaiser habe das castrense peculium als ein eigenes Vermögen des Haussohns und seine Bestandtheile als eigene Vermögensstücke des Haussohnes betrachtet wissen wollen.

Mit dieser neuen Grundanschauung war die Regel und Richtschnur gegeben für eine neue Durchbildung des Institutes im einzelnen und für die Behandlung der verschiedenen einschlagenden Fragen. Wo die Consequenzen der ältern Auffassung zu der neuern nicht stimmten, mussten sie verlassen und aufgegeben werden.

Nur in einem Stücke nahm man Anstand, mit dem bisherigen Rechte und mit den Consequenzen der ältern Anschauung vollständig zu brechen. Wenn Hadrian die Rechte des Haussohns erweitert hatte, so dass man jetzt das castrense peculium als ein eigenes Vermögen desselben auffassen musste: so hatten diese Erweiterungen doch bloss in einer Gunst gegen den Sohn, nicht in einer Abgunst gegen den Gewalthaber ihren Grund, und es war gewiss aller Anlass vorhanden, dem letztern, dem ja kraft seiner väterlichen Gewalt eigentlich jeder Erwerb eines seiner Hauskinder hätte zufallen müssen, seine bisherigen Rechte an dem castrense peculium nicht der blossen juristischen Consequenz zu Liebe über die Gebür zu schmälern. Ueber die Gebür, das heisst selbst da, wo sie

quique *nullo iure*, *quamdiu filius vivit*, *patri subiectus est*, rel. Ferner die bekannte Aeusserung Ulpian's in der L. 2 D. de SC. Maced. 14, 6: filiifamilias in castrensi peculio *vice patrumfamiliarum funguntur*. Weitere Belege werden unten bei der eingehenden dogmatischen Darstellung beigebracht werden. S. §. 22.



dem Sohne ganz unschädlich waren und mit den Rechten des Sohnes oder daraus fliessenden Rechten Dritter gar nicht in Widerstreit gerathen konnten. Gesetzt namentlich, der Haussohn starb ohne gültiges Testament. Wie sehr viel ungünstiger, als nach dem bisherigen Rechte, hätte sich die Lage des Gewalthabers gestalten müssen, hätte man jetzt auf das castrense peculium das gewöhnliche Erbrecht und nicht, wie seither, das Peculienrecht anwenden wollen! Vor allen Dingen war nach jenem der Gewalthaber gar nicht unbedingt der zunächst und allein berufene. Denn, wenn auch ein Haussohn keine sui und liberi haben konnte, so standen doch in der Agnatenerbfolge dem Vater als Gewalthaber die Kinder des Haussohnes gleich, dem Grossvater aber giengen sie sogar vor. Dass sie im Fall des Erwerbes doch wieder für jenen erwarben, gesetzt dass zur Zeit des Erwerbes das Gewaltverhältniss zwischen ihm und ihnen noch fortdauerte, war, da sie nicht in der Gewalt ihres Vaters, des verstorbenen Haussohnes, gestanden und folglich keine necessarii heredes desselben waren,[5] für den Gewalthaber keine genügende Sicherung. Und ferner angenommen selbst, dass der Gewalthaber stets der zu der Erbfolge in das castrense peculium nächst berufene gewesen wäre, um wie viel weniger war es immerhin vortheilhaft für ihn, wenn ihm das castrense peculium nach Erbschaftsrecht, als wenn es ihm nach Peculienrechte zukam! Ein Blick auf die L. 17 pr. D. h. t. 49, 17 genügt, um sich davon zu überzeugen.[6]

Für den Sohn und seine Rechte war es natürlich völlig gleichgültig, ob man hier Erbschaftsrecht oder Peculienrecht anwandte. Es hätten also nur rein theoretische Rücksichten einen Beweggrund bilden können, die bisherige Behandlung nach Peculienrechte mit der Behandlung nach Erbschaftsrechte zu vertauschen. Durfte man aber aus bloss theoretischen Gründen mit dem bisherigen Rechte brechen in einem Punkte, wo so

5) Vgl. L. 90 §. 1 D. de acq. her. 29, 2.

6) Papinian. lib. II. Definit.: Pater, qui castrense peculium intestati filii retinebit, aes alienum *intra modum eius et annum utilem* iure praetorio solvere cogitur. Idem, si testamento scriptus heres extiterit, *perpetuo* civiliter *ut heres* convenietur.

ganz überwiegende praktische und Billigkeitsrücksichten für seine Festhaltung sprachen? War es nicht vielmehr besser, in diesem Stücke wenigstens, trotz der veränderten Grundanschauung des Verhältnisses, das bisherige Recht, wenn auch immer in Gestalt einer Singularität, für fortgeltend anzuerkennen? An Singularitäten durfte man ja bei diesem Institut ohnehin keinen allzu grossen Anstoss nehmen, und es war ja um nichts singulärer, dass ein eigenes Vermögen eines Haussohnes bei seinem Tod als peculium behandelt ward, als dass, wie sich die Sache nach dem bisherigen Recht und der andern conservativern Auffassung stellte, der Sohn über ein peculium testieren konnte, und dass dieses dann nach seinem Tod als eigenes Vermögen und Erbschaft des Haussohnes behandelt wurde. Die Festhaltung des bisherigen Rechtes in diesem Stück empfahl sich aber um desto mehr, weil man dadurch in dem wichtigsten Punkte mit den Vertretern jener andern Auffassung zusammen kam. Und sie konnte um so viel weniger bedenklich erscheinen, als man bei den Latini Iuniani, und zwar nach ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift, bereits ein ganz ähnliches Verhältniss besass.[7]

---

7) Vgl. Gai. III, 56: legis Iuniae lator, cum intellegeret futurum, ut ea fictione res Latinorum defunctorum ad patronos pertinere desinerent, ob id quod neque ut servi decederent, ut possent iure peculii res eorum ad patronos pertinere, neque liberti Latini hominis bona possent manumissionis iure ad patronos pertinere, necessarium existimavit, *ne beneficium istis datum in iniuriam patronorum converteretur*, cavere, ut res Latinorum defunctorum proinde ad manumissores pertinerent, ac si lex lata non esset; itaque iure quodammodo peculii bona Latinorum ad manumissores — — pertinent. Vangerow, Ueber die Latini Iuniani §. 25 (bes. S. 129 *fg.*). Man sieht, die Sache lag bei dem castrense peculium genau so, wie bei den Latini Iuniani. Es handelte sich darum zu verhüten, dass die von Hadrian dem Haussohn gegebenen neuen Rechtswohlthaten über dem Bestreben, ihnen gemäss der muthmaasslichen Willensmeinung ihres Urhebers ihr volles Gebiet zu verschaffen, dieses Gebiet nicht überschritten und „in iniuriam parentis" umschlügen. Zu dem Ende blieb aber hier, wie dort, nichts anderes übrig, als bei testamentlosem Tode des Haussohnes das castrense peculium ganz so zu behandeln, wie wenn jene Hadrianischen Neuerungen gar nicht gemacht worden wären, das heisst also, es in solchem Fall nach wie vor nach Peculienrecht an den Gewalthaber fallen zu lassen. — Auf die Analogie der beiden Verhältnisse hat

Hiebei blieb man aber noch gar nicht stehen. Hatte man einmal zu Gunsten des Gewalthabers in dieser einen Frage dem bisherigen Recht und der andern Auffassung ein Zugeständniss gemacht, so war nicht abzusehen, warum man nicht ein ähnliches Zugeständniss auch in andern verwandten Fragen machen sollte. Oder warum sollte man, wenn das castrense peculium bei dem Tode des Haussohns nach Peculienrecht an den Gewalthaber kam, nun nicht auch Vindicationslegate castrensischer Sachen oder directe Freilassungen castrensischer Sklaven, die der Gewalthaber schon bei Lebzeiten des Sohnes in seinem Testamente vorgenommen, wie nach dem bisherigen Rechte, gelten und wirken lassen? Und weiter; warum sollte man dergleichen Verfügungen des Gewalthabers nicht in Gemässheit des bisherigen Rechtes selbst dann gelten und wirken lassen, wenn er das castrense peculium als eingesetzter Erbe des Sohnes nach Erbschaftsrecht erwarb? Standen doch diesem allem keine andern als rein theoretische Bedenken im Wege, und that doch das alles dem Sohn und seinen Rechten keinen irgend erdenklichen Eintrag.

Alle diese Zugeständnisse an das bisherige Recht und die andere Grundauffassung des Verhältnisses lassen sich in folgende Regel zusammenfassen:

> Falls der Haussohn das castrense peculium seinem Gewalthaber nicht entzogen hatte, sei es, dass er ohne ein gültiges Testament verstorben war, sei es, dass er in seinem Testamente den Gewalthaber selbst zum Erben eingesetzt hatte: so sollte stets das dem Gewalthaber günstigere frühere Recht (ius pristinum) zur Anwendung kommen, das heisst das Recht, wie es schon vor Hadrian's Neuerungen und der dadurch bewirkten Veränderung der principiellen Grundlage des Institutes gegolten.

Diese Regel äusserte ihre Wirkung in der bereits angedeuteten doppelten Richtung. Nämlich

---

bereits Cujacius in not. ad §. ult. I. de succ. lib 3, 7, besonders aber Retes cap. IX. §. 2—4 (p. 269 sq.) hingewiesen. Letzterer macht zugleich über die Latini Iuniani recht gute und für die damalige Zeit höchst achtungswerthe Bemerkungen.

1) darin, dass bei dem Tode des Haussohns ohne gültiges Testament das castrense peculium noch immer gemäss jenem frühern Recht als peculium und nach Peculienrechte dem Gewalthaber anheim fiel, oder, wie man sich im Anschlusse sogar an den frühern Sprachgebrauch ausdrückte, bei dem Gewalthaber verblieb; [8]

2) darin, dass, wenn das castrense peculium dem Gewalthaber entweder nach Peculienrecht oder auch aus dem Testamente des Sohnes nach Erbschaftsrechte zukam, alle Verfügungen des Gewalthabers über castrensische Sachen, deren Wirkung jetzt überhaupt noch ausstand, also namentlich Vindicationslegate, testamentarische Freiheitsertheilungen u. dergl., ganz, wie nach dem frühern Rechte, beurtheilt wurden, das heisst Gültigkeit und Wirksamkeit erlangten.[9]

Dabei musste man freilich juristisch in einiges Gedränge gerathen. Zur Gültigkeit und Wirksamkeit eines Vindicationslegates und directer testamentarischer Freilassung gehört quiritarisches Eigenthum in einem doppelten Zeitpunkte: in demjenigen der Testamentserrichtung und in demjenigen des Todes. Nun ist zufolge der neuern Auffassung des Verhältnisses der Sohn der Eigenthümer der castrensischen Sachen. Daraus folgt von selbst, dass es nicht zugleich der Vater sein kann. Wie vermag also das Vindicationslegat und die testamentarische Freilassung in dem Testamente des Vaters, geschehen zu einer Zeit, da dieser gar nicht Eigenthümer der castrensischen Sachen war, dennoch nachträglich eine Kraft zu erhalten? Wir sehen aus der Darstellung Tryphonin's in der L. 19 §. 3 D. h. t. 49, 17,

---

8) Man vergleiche einstweilen die L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2 (Paul. lib. XI. Quaest.): quum apud patrem *remanet*, *ius pristinum durat* et peculium est. L. 14 pr., §. 1 D. h. t. 49, 17 (Papin. lib. XXVII. Quaest.): *iure pristino* peculium pater habebit; — *iure pristino* apud patrem peculium *remanet*. Ius pristinum steht also hier nicht, wie gemeinhin angenommen wird, in einem übertragenen Sinn für ius peculii (in der L. 18 pr. cit. ist diese Bedeutung gar nicht möglich,) sondern in seinem ganz eigentlichen und schlichten Sinne des frühern Rechtes, des Rechtes, wie es vor dem jetzigen bestanden.

9) L. 9 D. h. t. 49, 17, L. 44 pr. D. de legat. I. (30), beide von Ulpian, L. 19 §. 3 D. h. t. 49, 17 von Tryphonin.



dass man sich diese Schwierigkeit keineswegcs verhehlte. Allein man hielt sie nicht für erheblich genug, um ihretwegen von demjenigen, was man nun einmal aus andern überwiegenden Gründen für geboten hielt, abzustehen. Den theoretischen Bedenken war alle schuldige Rücksicht erwiesen, wenn sich ein Mittel fand, die Geltung solcher Verfügungen des Gewalthabers über castrensische Sachen festzuhalten, ohne sich doch so geradezu mit den bestehenden Rechtsgrundsätzen in Widerspruch zu setzen. Dieses Auskunftsmittel — und es war nichts anderes, als ein solches, sollte auch gar nichts anderes sein —, das Auskunftsmittel, sage ich, fand sich in der Hinweisung auf das postliminium. Wie es hiebei vorkomme, dass eine Sache, die bisher ganz entschieden in fremdem Eigenthum gewesen, als z. B. ein vom Feind erbeuteter, aber zu seinem frühern Herrn zurückgeflohener Sklave, gleichwohl nach rückwärts und für die ganze Zeit, während welcher jenes fremde Eigenthum bestanden, als unser Eigenthum angesehen und behandelt werde: so möge man in ähnlicher Weise auch dem Gewalthaber, falls ihm nach dem Tode des Sohnes das castrense peculium zukomme, schon nach rückwärts und für die Lebenszeit des Sohnes das Eigenthum der castrensichen Sachen zuschreiben. Auch dafür ist sehr lehrreich die vorhin angezogene Stelle Tryphonin's, die ich daher, soweit sie nicht schon in der Anmerkung 3 mitgetheilt worden ist, hierhersetzen will:

> Sed in superiore casu pro libertate a patre data illa *dici possunt*, numquid, quoad utatur iure concesso filius in castrensi peculio, eousque ius patris cessaverit, quodsi intestatus decesserit filius, *postliminii cuiusdam similitudine* pater antiquo iure habeat peculium, *retroque videatur habuisse rerum dominia.*

Die ganze Ausdrucksweise zeigt, dass es sich in der That bloss darum handelte, einer Entscheidung, zu der man nun einmal aus gewissen Rücksichten gelangen wollte, die schlimmsten juristischen Bedenken, so gut es eben gehen mochte, aus dem Wege zu räumen, so dass man nicht genöthigt war, ganz offen und geradezu gegen feststehende Rechtsgrundsätze zu verstossen.[10]

10) Der nämlichen Annahme eines schwebenden und erst nach der zukünftigen Gestaltung der Umstände sich bestimmenden Eigenthums

Freilich lehrt die Stelle ferner, dass dieses Verfahren erleichtert und begünstigt wurde durch eine gewisse Art der theoretischen Betrachtung, von welcher erst später die Rede sein kann. (§. 43.) Allein, dass in Wahrheit nicht dergleichen theoretische Betrachtungen den Ausschlag gaben, sondern die erwähnten praktischen und Billigkeitsrücksichten (die „paterna verecundia“, welche Papinian in der L. 14 §. 1 D. h. t. 49, 17 ausdrücklich als den Beweggrund für eine ähnliche Entscheidung zu Gunsten des Gewalthabers anführt), und dass man die ersten nur benutzte, um die zweiten zu unterstützen und zu beschönigen, das erhellt nicht nur aus der bereits hervorgehobenen Art, wie Tryphonin sich äussert, sondern auch aus einer schon mehrfach berührten und jetzt noch zu erweisenden weitern Erscheinung.

Ich habe nämlich schon mehrfach gesagt, dass man Vindicationslegate, directe testamentarische Freilassungen und ähnliche Verfügungen, welche der Gewalthaber bei Lebzeiten des Haussohnes in Ansehung castrensischer Sachen getroffen, nicht bloss dann gelten und wirken liess, wenn ihm das castrense peculium nach Peculienrechte zufiel, sondern auch dann, wenn er es aus dem Testamente des Sohnes als Erbschaft und nach Erbschaftsrecht erhielt. Und zur theoretischen Vermittelung bediente man sich in diesem Fall des gleichen Hülfsmittels, wie in jenem. Man legte nämlich auch hier dem Gewalthaber schon nach rückwärts das Eigenthum der castrensischen Sachen bei.

Diese Sätze stehen freilich in starkem Widerspruche mit einer ganz allgemeinen Annahme, gegen die sich bis auf die Zeiten der Glossatoren zurück kaum einige wenige vereinzelte Stimmen erhoben haben. Allein sie sind nichts desto weniger sehr leicht und sehr bestimmt zu beweisen. Denn sie sind unmittelbar und unzweideutig ausgesprochen in der L. 20

---

begegnen wir bei Ulpian in der L. 44 pr. D. de legat. I. (30) und bei Paulus in der L. 98 §. 3 D. de solut. 46, 3. Man vergleiche auch noch die L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2 und die L. 20 D. h. t. 49, 17, beide von Paulus, ferner die L. 1 §. 22 D. de collat. 37, 6 von Ulpian. Wir dürfen demnach nicht zweifeln, dass dieses das von den Anhängern der neuern Anschauungsweise ganz allgemein benutzte Auskunftsmittel war.

D. h. t. 49, 17, einem Bruchstück aus dem liber singularis ad Regulam Catonianam des Paulus, welches folgendermaassen lautet:

> Sed si ponas, filium testamentum fecisse et patrem heredem instituisse, quum utique pater testamento suo servo filii libertatem dedisset, qui ad eum ex testamento filii pertinere coeperit, videndum est, numquid ei comparari debeat, qui, quum manumitteretur, alienus erat, deinde postea acquisitus est. Sed favorabile est, libertatem a patre relictam admittere; et ab initio patris esse eum videri, ex hoc quod postea contigit, ostenditur.

Der Jurist setzt den Fall, dass der Vater in seinem Testament einen castrensischen Sklaven direct für frei erklärt hat, dass dann der Sohn stirbt und aus seinem Testamente der Vater Erbe wird. Kann unter solchen Voraussetzungen jene Freilassung zur Wirksamkeit gelangen? Es scheint, nein. Denn muss man nicht den Sklaven, da ihn der Gewalthaber durch die Erbschaft des Sohnes erworben, nothwendig für einen solchen ansehen, der zur Zeit der Freilassung, das heisst der Testamentserrichtung, noch nicht in dem Eigenthum des Testators gestanden hat, sondern erst nachher in sein Eigenthum gekommen ist (numquid ei comparari debeat, qui, quum manumitteretur, alienus erat, deinde postea acquisitus est)? Paulus verschweigt sich und seinen Lesern dieses Bedenken nicht. Allein, sagt er, es ist der Begünstigung fähig (oder auch — denn favorabile est kann beides bedeuten —: es ist die begünstigte Entscheidung), trotzdem die Freilassung für gültig zu erklären und dem Sklaven aus ihr die Freiheit zu Theil werden zu lassen. Zur theoretischen Rechtfertigung dient auch hier die Annahme, es zeige sich durch die spätere Gestaltung der Umstände, dass der Sklave von Anfang an im Eigenthum des Gewalthabers gewesen.[11]

---

11) Die Endungen ilis oder bilis drücken die Möglichkeit von etwas oder die Fähigkeit zu etwas aus, meist passivisch, mitunter aber auch activisch. Demnach bedeutet favorabilis zunächst das, was sich begünstigen lässt. Dann auch wohl das, was Gunst verschafft, eine Bedeutung, die hier natürlich nicht in Betracht kommen kann. Endlich aber und

Wie man Angesichts dieser Stelle jemals hat verneinen, und sogar fast einstimmig hat verneinen können, dass die römischen Juristen eine Rückbeziehung des Eigenthums der castrensischen Sachen zu Gunsten des Gewalthabers auch dann angenommen, wenn dieser das castrense peculium als Testamentserbe des Sohnes erworben, ist auffallend genug. Und um so auffallender, als sie durch die L. 1 §. 22 in f. D. de collatione 37, 6 eine Unterstützung und Bestätigung erhält. Mir scheint die erste Stelle für sich allein schon so beweiskräftig, dass ich die Besprechung der zweiten, ziemlich schwierigen mit allem Fuge der dogmatischen Darstellung glaube vorbehalten zu dürfen. (§. 38.)

§. 21.

Es ist bereits bemerkt worden, dass die dargelegte neuere Auffassung des Verhältnisses in der spätern klassischen Zeit den Sieg und die ausschliessliche Anerkennung errang. Fragt man nach den Ursachen dieses Erfolges, so lässt sich auch darauf, wie ich glaube, eine befriedigende Antwort geben.

Durch Hadrian's Neuerungen waren, wie immer man die Sache anfassen mochte, sehr erhebliche Schwierigkeiten entstanden. Da man im Hinblick auf die Verordnungen dieses Kaisers dem Haussohne die Fähigkeit selbst zu directer testamentarischer Freilassung castrensischer Sklaven mit Fug nicht absprechen konnte, und da ihm ferner das Patronatrecht über die castrensischen Freigelassenen zustand: so gerieth die bei der ältern Anschauungsweise beharrende Partei in unvermeidlichen Streit mit den Rechtssätzen, dass zur directen testamentarischen Freiheitsertheilung nur der Eigenthümer des Sklaven fähig sei, und dass nur derjenige der Patron eines Freigelassenen werden könne, der vor der Freilassung das Eigenthum an dem Sklaven gehabt habe. Die andere, neuere Auffassung gieng zwar dieser Schwie-

---

bei weitem am häufigsten kommt es vor in dem Sinne von begünstigt, beliebt, angenehm. Vgl. Klotz, Handwörterbuch der latein. Sprache unter Favorabilis. Man hat also in der Stelle die Wahl zwischen den beiden im Text angegebenen Erklärungen. Die eine giebt einen ganz eben so guten und angemessenen Sinn, als die andere.



rigkeit glücklich aus dem Wege, sie stand aber dafür ihrerseits vor einer andern. Nämlich vor der Frage, wie der Anfall nach Peculienrecht an den Gewalthaber bei dem Tode des Sohnes ohne Testament, wie ferner die Geltung mancher Eigenthum voraussetzender Verfügungen des Gewalthabers über castrensische Sachen in dem Fall, dass ihm das castrense peculium aus irgend einem Grunde zukam, — wie und auf welche Weise das alles mit der Betrachtung des castrense peculium als eines eigenen Vermögens des Haussohnes vereinbar sei. Indessen wusste sie für diese Frage in dem Hinweis auf die Analogie des postliminium und in der Aufstellung eines Schwebeverhältnisses eine immerhin erträgliche und annehmbare Lösung zu finden. Für die ältere Auffassung dagegen, mochte sie sich noch so sehr mühen, war mit jenen Verordnungen Hadrian's keinerlei Zurechtsetzung möglich; für sie mussten diese Verordnungen stets als völlig irrationale Grössen, als durchaus unübersteigliche Steine des wissenschaftlichen Anstosses übrig bleiben. Ist es nicht sehr begreiflich, wenn unter solchen Umständen die neuere Auffassung der ältern immer mehr an Boden abgewann? Zudem konnte die längere Beschäftigung mit dem Gedanken eines eigenen Vermögens eines Hauskindes, einem Gedanken, den zuerst nur einzelne kühnere Geister werden ausgesprochen haben, die natürliche Wirkung nicht verfehlen, dass man diesen Gedanken immer weniger befremdlich fand, zuletzt sich daran gewöhnte und damit befreundete. Und endlich wurde dieser Zug der Entwickelung auch noch befördert und beschleunigt durch einige weitere ihm günstige kaiserliche Verordnungen. Namentlich durch die von Paulus in der L. 15 D. de mort. c. donat. 39, 6 (S. 96) erwähnte, dass der Haussohn aus dem castrense peculium selbständig zu schenken befugt sei, und durch die von Ulpian in der L. 1 §. 15 D. de coll. 37, 6 angezogenen, wonach der Haussohn bei dem Tode des Gewalthabers das castrense peculium seinen Geschwistern nicht zu conferieren brauchte, sondern vorweg behalten sollte (§. 18 am Ende).

Aber auch gemäss dieser neuern Auffassung, wie sie zu der Zeit der Regierung des Severus Alexander in unbestrittener Herrschaft bestand, war die juristische Gestaltung des Verhält-

nisses noch eine sehr eigenthümliche und für das Auge des Rechtsdogmatikers überaus interessante. Denn sie setzte sich zusammen aus einer höchst merkwürdigen Verbindung an sich durchaus widerstreitender und gegensätzlicher Elemente: eigenes Vermögen des Haussohnes gleich als eines paterfamilias, und doch auch wieder blosses juristisch seinem Gewalthaber angehöriges peculium. Es reizt gewiss eben so sehr, als es der Mühe lohnt, die feinere Durchbildung kennen zu lernen, welche die Meisterhand der klassischen römischen Juristen einem in solcher Weise anomal angelegten Institute gegeben.

Bevor ich aber zu dieser dogmatischen Darstellung schreite, seien mir noch einige allgemeinere Betrachtungen gestattet.

Gesetzt dass jemand das Verhältniss, wie es sich nach der einen und nach der andern der beiden einander entgegenstehenden Auffassungen gestaltete, rein aus dem praktischen Standpunkte verglich, so fand er kaum irgend erhebliche Verschiedenheiten. Unter zahlreichen Voraussetzungen stiess er sogar hier und dort völlig auf die gleiche Behandlung. So, wenn der Haussohn aus einem gültigen Testamente beerbt wurde; ferner, wenn er, ohne testamentarisch beerbt zu werden, vor seinem Gewalthaber verstarb; endlich auch, wenn er während seines Lebens aus der väterlichen Gewalt heraustrat. Nur während der Dauer des Gewaltverhältnisses waren einige Unterschiede zu entdecken. Aber selbst diese waren bei weitem nicht so gross, als man auf den ersten Eindruck hin vermuthen sollte. Denn alles, was unter den Begriff der Verwaltung fällt, war ja in Ansehung des castrense peculium auch schon nach dem frühern Recht und zufolge der ältern Auffassung dem Gewalthaber entzogen und allein dem Sohne zugestanden. Ferner konnte diesem die selbständige Befugniss der Freilassung castrensischer Sklaven und der Schenkung aus dem castrense peculium von keiner Seite her bestritten werden, da sie sich auf ausdrückliche kaiserliche Verordnung gründete. Eben so wenig aus dem gleichen Grunde die Befugniss zu beliebiger letztwilliger Verfügung. Auf der andern Seite wurden von der ältern gleicher Weise, wie von der neuern Auffassung alle für den Sohn nachtheilige Verfügungen des Gewalthabers über castrensische Sachen, im Fall sie

ihre Wirkung hätten sofort äussern müssen, für unbedingt ungültig erklärt. Umgekehrt liess die neuere wie die ältere Auffassung dergleichen Verfügungen des Gewalthabers gelten und wirken, wenn ihre Wirkung erst zu einer Zeit sich ereignete, da das castrense peculium bereits aus irgend einem Grund an den Gewalthaber gekommen war. Selbst während der Dauer der väterlichen Gewalt beschränkten sich also die praktischen Unterschiede der beiden Auffassungen auf ein sehr kleines Gebiet. Sie zeigten sich wesentlich nur bei solchen Rechtshandlungen des Gewalthabers, welche dem Sohne vortheilhaft waren, oder die mindestens nicht unter den Begriff einer Veräusserung castrensischer Vermögenstücke fielen. (§. 16.) Auch wird es bloss dadurch, dass die praktischen Folgen nicht gar weit auseinander liefen, erklärlich, nicht allein dass die beiden Auffassungen eine längere Zeit neben einander bestehen konnten, sondern dass man überhaupt dazu kommen konnte, von der ältern zu der neuern überzugehen. Dieser Uebergang war in der That zunächst und an sich nichts weiter, als eine veränderte juristische Construction, ein Versuch, eine Anzahl bestehender Rechtssätze unter einen zutreffendern allgemeinen Gesichtspunkt zu bringen. Das Recht des castrense peculium, wie es sich durch die Verordnungen Hadrian's und der folgenden Kaiser positiv gestaltet hatte, war unter allen Umständen ein sehr singuläres. Es schloss Elemente sowohl des Eigenthums, als des Peculiums in sich, und es war daher mit keinem von diesen beiden Gesichtspunkten vollständig zu erklären. Immerhin konnte man aber, unter Heranziehung der Analogie des postliminium, glauben, mit dem Gesichtspunkte des Eigenthums doch noch eher auszukommen, als mit demjenigen des Peculiums.

Bei solchem Stande der Dinge mochte dem Auge des damaligen Beobachters der Schritt von der ältern zu der neuern Auffassung leicht als ein ziemlich unbedeutender erscheinen. Und dennoch war er bei weitem der wichtigste, welcher in der ganzen Geschichte des Institutes geschah und geschehen konnte. Denn das Institut hatte damit eine neue principielle Grundlage erhalten, welche zu der frühern einen geraden Gegensatz bildete, und hiedurch waren selbst da, wo die beiden Auffassungen praktisch

zusammentrafen, die Verhältnisse theoretisch vollständig verändert und verkehrt. Was früher blosse Singularität gewesen: dass der Haussohn die freie und von dem Gewalthaber unabhängige Verwaltung des castrense peculium hatte, dieses bei dem Tode des Gewalthabers als eigenes Vermögen behielt, darüber testieren konnte u. dgl., das alles erschien jetzt als völlig consequent. Was sich dagegen früher als eine Anforderung der juristischen Consequenz hatte darstellen müssen, wie z. B. dass bei testamentlosem Sterben des Sohnes das castrense peculium nach Peculienrecht an den Gewalthaber kam, dass jetzt auch manche Verfügungen des letztern über castrensische Sachen zur Wirksamkeit gelangten und ähnliches, das liess sich nur mehr als eine blosse Singularität betrachten. Dass man, aus einem allgemeinern Standpunkte redend, immer noch jenes als ein privilegium des Sohnes, dieses als das ius commune zu bezeichnen liebte, konnte in der Sache selbst keinen Unterschied machen. Denn man hatte eben jetzt diesem Privileg eine solche Auffassung gegeben, dass die Anwendung des ius commune, wo man ihr noch einen Raum liess, von einem jeden, der sich nicht selbst betrügen wollte, nicht anders, denn als etwas in hohem Grade singuläres angesehen werden konnte.

Es bedarf keiner Bemerkung, dass dieser vollkommene Umschwung des theoretischen Verhältnisses für die weitere Entwickelung des Institutes von grossem Einflusse werden musste. Denn je mehr sich die neue Auffassung befestigte, und je mehr im Laufe der Zeit die Rücksichten ihre Kraft verloren, aus denen man bei dem Uebergange zu dieser Auffassung noch viele Reste des frühern Rechtszustandes zu Gunsten des Gewalthabers festgehalten, um desto singulärer mussten die letztern erscheinen, und um desto eher konnte die Neigung erwachen, sie vollends abzustreifen. Und dieses ist endlich von Justinian in der Nov. 118 geschehen.

So war jener Wechsel der theoretischen Auffassung in der Geschichte unseres Institutes der wichtigste Wendepunkt. Er war es aber zugleich in der gesammten Geschichte der vermögensrechtlichen Wirkungen der väterlichen Gewalt. Denn er enthielt den ersten entschiedenen Bruch mit dem alten Grundsatze, dass

ein Gewaltuntergebener etwas eigenes zu haben nicht fähig sei. Gar vielfach kommt aber in solchen Fragen alles an auf den ersten Schritt. Durch ihn ist der Bann gebrochen, mit welchem eine alte, in jahrhundertelangem Bestande fest eingewurzelte Vorstellungsweise den menschlichen Geist unwillkürlich befängt. Man erkennt, dass auch ein anderer Gedanke möglich sei, und nicht selten wird dann die neue Vorstellung bald stärker, als die alte. So war es hier. Wie befremdlich der Gedanke eines eigenen Vermögens eines Hauskindes Anfangs erschienen sein mochte, so hatte man sich doch bald vollständig mit ihm vertraut gemacht. Zuletzt fand man es sogar natürlich und billig, ausser den castrensischen auch noch andere Erwerbungen von Hauskindern ihnen selbst als eigenes Vermögen zuzuschreiben. So gelangte man, wie sich noch Gelegenheit ergeben wird, genauer zu zeigen, nicht allein zu dem quasi castrense peculium, sondern auch zu den Adventicien, die sich sodann wieder mehr und mehr erweiterten, bis sie schliesslich in dem Justinianischen Rechte das regelmässige Verhältniss wurden.

Wir stehen hier zunächst noch bei der ersten Stufe dieser Entwickelung, nämlich bei der Gestalt, welche das Verhältniss des Haussohnes zu dem castrense peculium unter dem Einflusse der veränderten theoretischen Auffassung zu der Zeit der jüngsten klassischen Juristen angenommen. Diese damalige Gestaltung des Institutes soll jetzt in eingehender Weise erörtert werden.

Wenn ich aber gegen die gewöhnliche Uebung den Ausgang der klassischen Zeit und nicht das Justinianische Recht für die dogmatische Darstellung zum Mittelpunkte nehme: so bestimmen mich zu diesem Verfahren die folgenden Gründe. In den Schriften der jüngsten klassischen Juristen zeigt sich das römische Recht unzweifelhaft auf dem Höhepunkte seiner ganzen wissenschaftlichen Entwickelung. In dieser Gestalt wird es daher für die wissenschaftliche Betrachtung stets die meiste Anziehungskraft besitzen. Wenn wir dessenungeachtet gewöhnlich nicht das spätere klassische, sondern das Justinianische Recht unsern dogmatischen Darstellungen zum Grunde legen, so geschieht dieses bloss aus der äusserlichen Rücksicht, weil das Justinianische Recht für uns eine praktische Bedeutung hat, das klassische

nicht. Diese Rücksicht kommt aber diesmal nicht in das Spiel. Denn es wird sich noch herausstellen, dass wegen der durch das Novellenrecht bewirkten Veränderungen die Gestalt, welche das castrense peculium in den Justinianischen Rechtsbüchern aufweist, für uns eben so wenig unbedingt maassgebend ist, als seine Gestaltung in dem spätern klassischen Rechte. Zudem ist jene von dieser gar nicht erheblich verschieden, und wo sich Abweichungen finden, da steht das spätere klassische Recht dem heutigen nur in wenigen Stücken ferner, in mehrern aber sogar näher, als das Justinianische: ein Satz, der natürlich erst in der Folge bewiesen werden kann. Die Gestalt endlich, welche das Institut in Folge des Novellenrechtes erhalten hat, und in der es einen Bestandtheil des heutigen gemeinen Rechtes bildet, ist eine so überaus einfache, dass sie sich in einer ganz kurzen Regel erschöpfend angeben lässt und ein jedes Zurückgehen auf die verschiedenen in den Justinianischen Rechtsbüchern enthaltenen Erörterungen und Entscheidungen einzelner Fälle und Fragen überflüssig macht. Dennoch wird in einem eigens dem castrense peculium gewidmeten Buche niemand ein näheres Eingehen auf diese zum Theil höchst interessanten Stellen vermissen wollen; schon wegen des Zusammenhanges nicht, in dem ihrer viele mit andern, noch geltenden Stücken des römischen Rechtes stehen.

Unter diesen Umständen ist es mir am zweckmässigsten erschienen, so zu verfahren, wie ich gethan, das heisst, den Schwerpunkt der dogmatischen Darstellung in die spätere klassische Zeit zu verlegen. Doch werde ich dabei ohne Engherzigkeit zu Werke gehen und manche besondere Fragen gleich hier auch von dem Standpunkte des Justinianischen und heutigen Rechtes besprechen.

Bei der dogmatischen Darstellung ist aber das castrense peculium unter den folgenden vier verschiedenen Voraussetzungen zu betrachten:

1) dass die väterliche Gewalt noch besteht,

2) dass sie aufgehoben ist bei Lebzeiten des Sohnes,

3) dass der Sohn in der Gewalt gestorben ist mit einem gültigen Testamente,

4) dass er in der Gewalt gestorben ist ohne ein solches.

Damit wird das Verhältniss nach allen Seiten hin vollständig erschöpft, mit Ausnahme eines einzigen Falles, der aber viel zu unerheblich und in den Quellen zu wenig ausgebildet ist, um anders als anhangsweise behandelt zu werden in Verbindung mit dem letzten der genannten vier Fälle, mit welchem er die meiste Verwandtschaft hat. Ich meine den Fall, wenn der Sohn während der Dauer der väterlichen Gewalt durch schlechtes Betragen seine günstige Stellung zu dem castrense peculium verwirkt.

Schliesslich ist noch zu bemerken, dass es sich in Ansehung der Quellenbenutzung hier natürlich gerade umgekehrt verhält, als da, wo es die Ermittelung der ursprünglichen Gestaltung des Verhältnisses galt. (§. 15.) Stellen, die auf dem Boden der ältern Auffassung stehen, dürfen wir unbedenklich als Belege auch für die neuere Gestaltung des Institutes benutzen, insofern sie dem Sohn Rechte zuschreiben oder dem Gewalthaber Rechte absprechen; nicht aber im Fall des Gegentheils. Denn die neuere Gestaltung unterschied sich von jener ältern praktisch dadurch, dass sie die Rechte des Sohnes erweiterte, diejenigen des Gewalthabers verengerte.

Zweiter Abschnitt.

Die Gestaltung zur Zeit des Severus Alexander.

I. Während der Dauer der väterlichen Gewalt.

§. 22.

Um von dem Verhältnisse, wie es sich in Folge der geschilderten Entwickelung am Ausgange der klassischen Zeit gestaltet hatte, ein richtiges Bild zu entwerfen, muss an die Spitze der dogmatischen Darstellung folgender Hauptsatz gestellt werden, welcher namentlich unter der hier zunächst gemachten Voraussetzung, dass die väterliche Gewalt noch besteht, ganz unbedingt maassgebend ist:

> Das castrense peculium ist ein eigenes, von dem Gewalthaber völlig unabhängiges Vermögen des Haussohnes, zu welchem dieser ganz und gar die Stellung eines paterfamilias einnimmt. Der Gewalthaber hat, so lange der Sohn lebt und nicht durch schlechtes Betragen jene günstige Stellung verloren hat, an diesem Vermögen durchaus kein Recht; er steht ihm nicht anders, als irgend ein Dritter, gegenüber.

Demnach kann denn auch nicht mehr, wie ursprünglich, der Vater als der Eigenthümer der zu dem castrense peculium gehörigen Sachen bezeichnet werden, sondern der Sohn ist in eigenem Namen Inhaber aller castrensischer Vermögensstücke und Rechte; ihm allein steht daher auch an den castrensischen Sachen das Eigenthum zu.

Nicht selten pflegt man diesen Sätzen den Ausdruck zu geben, der Sohn werde in Rücksicht des castrense peculium als paterfamilias fingiert. Allein nicht nur kommen die Worte fingere und fictio auf das Verhältniss bei dem castrense peculium angewendet in den Quellen nirgends vor, sondern es ist auch

durch jene Ausdrucksweise in der Sache nichts gewonnen. Denn es wird ja damit eben auch nichts weiter gesagt, als dass der Haussohn in Beziehung auf das castrense peculium juristisch die Stellung eines paterfamilias habe und gleich einem solchen behandelt werde. Gewiss ist aber die letzte Art des Ausdruckes, welche mit dem Sprachgebrauche der Quellen im Einklange bleibt, einfacher, klarer und bezeichnender, als jene andere, die überdies leicht zu falschen Vorstellungen und Folgerungen verleiten kann. Es scheint daher gerathener, die Heranziehung des Begriffes und Wortes Fiction hier lieber gänzlich zu vermeiden.[1]

Was die aufgestellte Regel selbst anlangt, so wird ihre Richtigkeit zuvörderst schon durch viele unmittelbare Aussprüche der Quellen bewiesen.

Dahin gehört vor allem die bekannte Aeusserung Ulpian's in der L. 2 D. de SC. Maced. 14, 6:

> filiifamilias in castrensi peculio *vice patrumfamiliarum funguntur*,

womit sogleich zu verbinden ist ein noch merkwürdigerer Ausspruch Papinian's in der L. 15 §. 3 D. h. t. 49, 17:

> non enim ut filius *duplex ius* sustinet, *patris* et filii familias, ita servus, qui peculii castrensis est, *quique nullo iure, quam-*

1) Die Benutzung dieses Ausdruckes findet sich schon bei Hotmannus in §. 9 I. de test. ord. 2, 10 verb. Post missionem. Ferner bei Bauer, De peculio quasi cast. studios. §. XV. (Opusc. academ. I. p. 58) und bei ziemlich vielen Schriftstellern unserer Zeit, wie z. B. Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht und Process VIII. S. 432, 436, Savigny, System II. S. 57, Puchta, Vorlesungen §. 433, Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des röm. Rechts I. S. 255, Keller, Pand. §. 473. Einige gehen so weit, den Haussohn in Ansehung des castrense peculium geradezu für einen paterfamilias zu erklären. So besonders Puchta, Pand. §. 465 a. E., Brinz, Lehrbuch der Pandekten II. Zweite Lief. der zweiten Hälfte (1869) S. 1184 fg. Aehnlich aber auch Kuntze, Cursus des römischen Rechts (1869) §. 929, 937 ff. und Excurse S. 587. Mit der einen wie der andern Art des Ausdruckes verbindet sich mitunter die Vorstellung, die Römer hätten den Haussohn als einen paterfamilias betrachten müssen, um ihm überhaupt etwas als eigenes Vermögen zuschreiben zu können. So namentlich Puchta und Brinz a. d. a. OO. Das alles ist den Quellen vollständig fremd und müsste in consequenter Verfolgung zu durchaus falschen Ergebnissen führen.

diu filius vivit, patri subiectus est, aliquid acquirere simpliciter stipulando vel accipiendo patri potest.

Ferner die Worte des Paulus in der L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2:

si quidem *quasi patrisfamilias bona* restituere cogitur.

Sodann sind zu erwähnen die Stellen, worin das castrense peculium als ein „proprium patrimonium“ oder als „bona“ des Haussohnes bezeichnet wird. Am bestimmtesten unter ihnen redet das als L. 3 C. h. t. 12, 37 in das Corpus iuris aufgenommene Rescript Alexander's, indem es den Soldaten Felicianus belehrt, dass zwar die Soldaten durch ihren Stand von der väterlichen Gewalt nicht befreit würden, dass sie jedoch

peculium castrense *proprium* habent, *nec in eo ius ullum patris est.*

Ganz ähnlich spricht sich aber auch Ulpian in der L. 3 §. 10 D. de minor. 4, 4 aus, indem er erklärt, dass ein Haussohn in Angelegenheiten des castrense peculium sonder Zweifel eine selbständige in integrum restitutio nachsuchen und erhalten könne

quasi *in proprio patrimonio* captus.

Und in der L. 2 D. h. t. 49, 17 nennt er das castrense peculium eines Haussohns die „bona eius“.

An dritter Stelle will ich die Aussprüche anführen, dass dasjenige, was in das castrense peculium komme, dem Vater nicht erworben werde. So z. B. Marcian in der L. 11 pr. D. de L. Corn. de fals. 48, 10 verb.: „patri non acquiritur“ und ein Rescript Gordian's, die L. 4 C. h. t. 12, 37, worin dem Soldaten Gallus folgendes gesagt wird:

Quum allegas, te a fratre tuo eodemque commilitone in eisdem castris institutum heredem, successionem eius *potius in castrensi peculio tuo, quam patri, cuius in potestate es, per te quaesitam videri*, rationis est.

Damit mag man auch noch vergleichen die L. 13 und die L. 16 pr. D. h. t. 49, 17 von Papinian:

filiumfamilias militem uxori heredem extitisse

und die L. 3 §. 4 D. de donat. int. V. 24, 1 von Ulpian:

si mater filio, qui in patris potestate est, donet, nullius momenti erit donatio, *quia patri quaeritur*; sed si in castra eunti filio dedit, videtur valere, *quia filio quaeritur* et est castrensis peculii.

Endlich wird vielfach der Haussohn als der Eigenthümer der castrensischen Sachen bezeichnet. So namentlich und besonders unzweideutig von Tryphonin in der L. 19 §. 3 D. h. t. 49, 17 (S. 132 Anm. 3) und von Papinian in der L. 23 §. 2 D. de fid. lib. 40, 5: a fratre *domino*, sowie in der L. 15 §. 4 D. h. t. 49, 17, deren Wortlaut folgender ist:

Si servi pater usumfructum amiserit, cuius *proprietatem* in castrensi peculio filius habebat, *plenam proprietatem* habebit filius.

Lassen schon diese unmittelbaren Beweise an Zahl und wechselseitiger Uebereinstimmung nichts zu wünschen, so wird die von ihnen bewiesene Regel vollends ausser Zweifel gesetzt durch eine reiche Fülle einzelner Anwendungen, die ich in den folgenden Paragraphen kurz zusammenstellen will.

§. 23.

Der Sohn hat das castrense peculium als eigenes Vermögen und wird in Betreff desselben ganz wie ein paterfamilias angesehen und behandelt.

Aus diesem Grundsatz ergeben sich im einzelnen unter andern folgende Consequenzen:

1) Der Sohn kann über das castrense peculium und die dazu gehörigen Vermögensstücke völlig selbständig und ohne jede Rücksicht auf den Willen seines Gewalthabers verfügen. Namentlich ist er durchaus unabhängig von diesem auch zu beliebigen Veräusserungen befugt;[1] und zwar nicht bloss zu entgeltlichen, sondern eben so wohl zu unentgeltlichen. Daher kann er:

---

1) L. 2 C. h. t. 12, 37 (Alexander): Filiusfamilias alienationem nullius rei sine voluntate patris habet, nisi castrense peculium habeat. Vgl. auch L. 34 C. de episc. 1, 3 (Leo et Anthemius).

a) aus dem castrense peculium sowohl unter Lebenden, als Todes halber schenken,[2] selbst an die Frau seines Gewalthabers.[3] Schenkt er seiner eigenen Frau, so wird wegen der Convalescenz auf seinen Tod, nicht auf denjenigen des Gewalthabers, gesehen.[4]

b) Ferner kann er, ohne einer Genehmigung seines Gewalthabers zu bedürfen, castrensische Sklaven freilassen,[5] und er

---

2) L. 7 §. 6 D. de donat. 39, 5 (Ulp.), womit die L. 32 §. 8 D. de donat. int. V. 24, 1 (Ulp.) zu vergleichen ist; L. 15 D. de m. c. donat. 39, 6 (Marcellus und Paulus). Vgl. cit. L. 34 C. de episc. 1, 3. Ueber Schenkungen aus dem castrense peculium handelt eigens und sehr ausführlich Anton Faber in den Errores Pragmat. Dec. XLIII. Err. 8—10. Er macht sich wegen der Geltung solcher Schenkungen ganz unnöthige, freilich auch bei Keller, Grundriss zu Vorles. über Institut. S. 355 auftretende Bedenken. Ihre unbedingte Gültigkeit, meint er, würde dem Satze widerstreiten, dass bei dem Tode des Haussohns ohne Testament das castrense peculium nach rückwärts als Vermögen des Vaters fingiert werde. Bei Mangel einer Genehmigung des Vaters will er daher die Gültigkeit von Schenkungen, die der Haussohn aus dem castrense peculium gemacht, auf die Fälle einschränken, wenn der Sohn nach dem Vater, oder wenn er zwar vor dem Vater, aber mit einem gültigen Testamente versterbe. In diesem Sinn sei die L. 7 §. 6 D. cit. auszulegen. Vielleicht auch, dass diese Stelle bloss das Werk eines unwissenden Interpreten sei, der sich die subtile Frage nicht recht überlegt habe. Dieser Vorwurf dürfte sich aber eher gegen Faber selbst kehren. Denn er hat übersehen, dass dem Haussohn auf Grund der kaiserlichen Auctorität in Ansehung des castrense peculium doch allermindestens alle diejenigen Befugnisse zugeschrieben werden mussten, die er über ein gewöhnliches peculium durch die Verwilligung seines Gewalthabers hätte erhalten können. Und dazu gehört doch unzweifelhaft auch die Befugniss zu Schenkungen. Zudem aber war laut der cit. L. 15 D. de m. c. don. dem Haussohn diese Befugniss durch kaiserliche Verordnung noch ausdrücklich zuerkannt worden; wenigstens in Betreff der Schenkung Todes halber. Daraus folgerte man aber, wie die citt. L. 32 §. 8 D. de donat. int. V. und L. 7 §. 6 D. de donat. lehren, ohne weiteres und mit Recht auch die Befugniss zu allen andern Arten von Schenkungen.

3) L. 3 §. 4 D. de donat. int. V. 24, 1 (Ulp.). Vgl. §. 3, 5, 8 h. leg.

4) L. 32 §. 17 D. eod. 24, 1 (Ulp.).

5) L. 6 in f. D. h. t. 49, 17 (Ulp.); vgl. L. 19 §. 3 D. eod. (Tryphonin.).

wird dadurch selbst der Patron der Freigelassenen, erwirbt also in eigener Person sämmtliche patronatische Rechte.[6]

2) Weil das castrense peculium ein eigenes, von demjenigen des Gewalthabers juristisch völlig getrenntes Vermögen des Sohnes ist, so fällt in dasselbe und an den Sohn jeder Erwerb castrensischer Sklaven, gleichviel, auf welche Weise er geschehen, und ob er ein entgeltlicher oder unentgeltlicher ist; ohne Unterschied ferner, ob er im ersten Fall gerade in Rücksicht auf das castrense peculium und mit castrensischem Gelde, überhaupt ex causa castrensis peculii gemacht worden, oder nicht; endlich sogar dann, wenn er gegenüber dem Vater gemacht worden ist. Dieses alles wird durch folgende Stellen bewiesen.

L. 19 §. 1 D. h. t. 49, 17 (Tryphonin. lib. XVIII. Disputat.): Sed si servus peculii castrensis a quocunque sit heres scriptus, iussu militis adire debebit hereditatem, eaque fiet bonorum castrensis peculii.

L. 15 §. 3 D. eod. (Papinian. lib. XXXV. Quaest.): Servus peculii, quod ad filium spectat, ab extero si stipuletur aut per traditionem accipiat, *sine distinctione causarum* res ad filium pertinebit; non enim ut filius duplex ius sustinet, patris et filii familias, ita servus, qui peculii castrensis est, quique nullo iure, quamdiu filius vivit, patri subiectus est, aliquid acquirere simpliciter stipulando vel accipiendo patri potest. Quae ratio suadet, ut si *ab ipso patre* servus, qui ad filium pertinet, stipuletur *ex quacunque causa* vel traditum accipiat, sic acquiratur filio res et stipulatio, quemadmodum si exter promisisset, quoniam persona stipulantis et accipientis ea est, ut *sine differentia causarum*, quod rerum (al. per eum) agitur, emolumentum filii spectet.[7]

---

6) L. 13 D. h. t. 49, 17 (Papin.); L. 45 §. 3 D. de ritu nupt. 23, 2, L. 3 §. 8 D. de bon. lib. 38, 2, L. 3 §. 3 D. de assign. lib. 38, 4, L. 3 §. 7 D. de suis et leg. 38, 16, L. 30 §. 2 D. qui et a quib. 40, 9, L. 6 D. h. t. 49, 17, sämmtlich von Ulpian; L. 22 D. de bon. lib. 38, 2 (Marcian.); L. 8 pr. D. de iure patr. 37, 14 (Modestin.).

7) Ohne Zweifel hiess es in der Stelle statt „per traditionem accipiat" ursprünglich: „mancipio vel per traditionem accipiat". Vgl. Gai. II, 87. Bemerkenswerther ist das später folgende Wort „simpliciter".

In diesem Zusammenhange mag passend auch folgende Entscheidung ihre Erwähnung finden. Wenn eine freie Frau wissentlich mit einem fremden Sklaven ohne den Willen seines Herrn ein contubernium eingeht und darin ungeachtet dreimaliger Abmahnung von Seite des Herrn verharrt, so soll sie diesem nach der bekannten Vorschrift des SC. Claudianum durch die Obrigkeit als Sklavin zugesprochen werden.[8] Gehört nun der Sklave zu dem castrense peculium eines Haussohnes, so kommt es auf die Abmahnung von seiner Seite an, und wird jene durch Nichtachtung derselben Sklavin, so fällt sie ebenfalls in das castrense peculium.[9]

Danach und im Hinblick auf die vorausgehenden Worte: „quamdiu filius vivit" erhält es den Anschein, als ob der Sklave wenigstens unter einer Bedingung für den Vater stipulieren könne, so dass diese Stipulation gültig und wirksam sei, falls bei dem Eintritte der Bedingung das castrense peculium bereits irgendwie an den Vater gekommen. Und in der That wird sich der Stelle, will man nicht zu künstlichem Zwange greifen, ein anderer Sinn kaum abgewinnen lassen. Ein solches Ergebniss hat aber auch gar nichts auffallendes. Wenn man Verfügungen des Vaters über castrensische Sachen, deren Wirkung nach der Natur oder dem Inhalte des Geschäftes zuvörderst noch ausstand, gelten und wirken liess, falls zu der Zeit, da jene Wirkung nach Maassgabe des Geschäftes eintreten sollte, das castrense peculium bereits aus irgend einem Grunde dem Vater zugekommen war, und wenn man dieses damit rechtfertigte, dass solchen Falles die castrensischen Sachen nach rückwärts und auch schon für die Lebzeit des Sohnes als Eigenthum des Vaters zu betrachten seien: so war es eigentlich nur folgerecht, unter der gleichen Voraussetzung auch Geschäfte, die ein castrensischer Sklave für den Vater abgeschlossen und deren Wirkung nach ihrem Inhalte zunächst noch ausstand, als gültig und wirksam anzuerkennen. S. noch §. 37. — Eine andere Deutung des „simpliciter", wonach es hier so viel wie impersonaliter wäre, findet sich bei Cujacius in lib. XXXV. Quaest. Papin. ad L. 15 cit. Allein die Meinung, dass ein castrensischer Sklave auf den Namen des Vaters auch eine unbedingte Stipulation gültig vornehmen könne, steht in unvereinbarem Widerspruche mit der Erklärung, dass der Sklave „*nullo iure, quamdiu filius vivit*, patri subiectus est". Vgl. Gai. III, 103, 166; §. 4, 19 I. de inut. stip. 3, 19.

8) Vgl. Paul. Sent. II, 21 A. Puchta, Institutionen II. §. 211, Rudorff, Röm. Rechtsgeschichte I. §. 46 (S. 111).

9) Paul. l. c. §. 8. Freilich könnte aus dieser Stelle für sich allein noch kein sicherer Schluss auf das Eigenthum des Haussohnes an den

3) Alle zu dem castrense peculium gehörige Vermögensstücke und Rechte, als Eigenthum, Forderungen u. s. w., stehen dem Sohne selbst und allein dem Sohne, nicht seinem Gewalthaber zu. Darum kann letzterer an einer zum castrense peculium seines Haussohnes gehörigen Sache einen Niessbrauch haben, und verliert er ihn aus irgend einem Grunde, etwa durch Nichtausübung, so tritt, wie gewöhnlich, consolidatio ein, und der Sohn hat jetzt das volle Eigenthum.[10] Weitere Anwendungen sind folgende:

a) Der Haussohn selbst und für sich usucapiert Sachen, welche zufolge der Art und Weise ihres Erwerbes in das castrense peculium fallen.[11] Natürlich kommt denn auch bei der Frage nach den Usucapionserfordernissen, namentlich nach dem guten Glauben, lediglich seine eigene Person, niemals diejenige seines Gewalthabers in Betracht. Wenn aber der Haussohn dergleichen Sachen selbständig und in eigenem

---

castrensischen Sachen gezogen werden, weil nach §. 5 verglichen mit §. 4 ibid. auch schon bei einem gewöhnlichen Peculiarsklaven die denuntiatio von Seite des Sohnes, ohne Rücksicht auf ein vorgängiges Geheiss des Vaters, genügen soll, um die Frau zur Sklavin zu machen. — Zu dem im Texte unter Nr. 2 gesagten ist zu vergleichen, was schon in §. 11 Nr. 2 in einem andern Zusammenhange gesagt worden ist.

10) L. 15 §. 4 D. h. t. 49, 17 (Papin.), abgedruckt auf S. 152. Eine übermässig weitläufige Erklärung dieser Stelle findet sich bei Anton Faber, Iurisprud. Papin. tit. XI. princ. VI. ill. 21.

11) L. 4 §. 1 D. de usurp. 41, 3 (Paul.): filiusfamilias, et maxime miles, in castris acquisitum usucapiet. Das „maxime" weisst darauf hin, dass die privilegierte Stellung des Haussohnes in Ansehung seines castrense peculium ursprünglich auf die Dauer seines Soldatenstandes beschränkt war, und dass die Ausdehnung des Privilegs auf den veteranus nur auf einer spätern Erweiterung beruhte, wobei noch eine Zeit lang über den Umfang gestritten werden mochte, in welchem sie anzuerkennen. Die glo. Et maxime miles ad h. l. ist geneigt, das maxime für überflüssig zu halten, und Cujacius, Comment. ad L. 4 §. 1 cit. erblickt in den Worten „et maxime" ein Einschiebsel Tribonian's aus Rücksicht auf die Adventicien. Vgl. dagegen schon Bynkershoek, Observat. iur. rom. lib. VII. cap. 22, welcher jenen Worten im Sinne des Paulus eine Beziehung auf das quasi castrense peculium geben will.

Namen usucapiert, so ist daraus eine einfache und nothwendige Folge, dass er sie auch selbständig und in eigenem Namen besitzt.[12]

b) Während sonst Personen in fremder Gewalt eine ihnen deferierte Erbschaft ohne vorgängiges Geheiss des Gewalthabers nicht antreten können und durch den Antritt auf sein Geheiss nicht sich, sondern den Gewalthaber zum Erben machen,[13] ist der Haussohn, dem für sein castrense peculium eine Erbschaft deferiert ist, in Betreff des Antrittes derselben von dem Willen seines Gewalthabers völlig unabhängig.[14] Er mag sie nach eigenem Gutdünken antreten oder ausschlagen, und durch den Antritt macht er sich selbst und nicht den Gewalthaber zum Erben.[15]

c) Schenkungen einer Mutter an ihren in der Gewalt ihres Ehemannes stehenden Sohn sind in der Regel ungültig, weil ihnen, da der Sohn für seinen Vater erwirbt, das Verbot der Schenkungen unter Ehegatten im Wege steht. In das castrense peculium fallende Erwerbungen macht dagegen der Sohn für sich, und jene Schenkungen haben daher vollen Rechtsbestand, so oft sie dem castrense peculium zu gute kommen.[16]

d) Alle castrensischen Forderungen und Klagen stehen allein dem Sohne zu, und er kann sie sogar gegen den Willen seines Gewalthabers geltend machen.

---

12) Vgl. Savigny, Recht des Besitzes §. 9 (7. Aufl. S. 126); Jhering, Beiträge zur Lehre vom Besitz, in seinen Jahrbüchern für die Dogmatik des heut. röm. u. deut. Privatrechts IX. S. 127. (2. Aufl. „Ueber den Grund des Besitzesschutzes." Jena 1869. S. 148.)

13) Vgl. wegen dieser bekannten Sätze z. B. Gai. II, 87, Ulp. XIX, 18 und dazu L. 25 §. 4 D. de acq. hered. 29, 2 (Ulp.).

14) L. 5 D. h. t. 49, 17 (Ulp.); L. 9 §. 1 D. de iur. et facti ign. 22, 6 (Paul.). Beide Stellen sind oben S. 52 fg. abgedruckt. Vgl. auch L. 8 §. 2 C. de bon. quae lib. 6, 61 (Iustinian.).

15) L. 13, 16 D. h. t. 49, 17 (Papinian.); L. 11 pr. D. de L. Corn. de fals. 48, 10 (Marcian.); L. 4 C. h. t. 12, 37 (Gordian.).

16) L. 3 §. 4 D. de donat. int. V. 24, 1 (Ulp.), oben S. 152 abgedruckt.



L. 4 §. 1 D. h. t. 49, 17 (Tertullian. lib. sing. de cast. pec.): Actionem persecutionemque castrensium rerum semper filius, *etiam invito patre*, habet.[17]

Der Gewalthaber kann für das castrense peculium höchstens als Stellvertreter des Sohnes, und auch dann nur unter den nämlichen Bedingungen, wie jeder andere Stellvertreter, eine Klage erheben.[18]

e) Sind die Voraussetzungen einer in integrum restitutio vorhanden, und betrifft die erlittene Läsion das castrense peculium, so hat allein der Sohn, nicht sein Gewalthaber, den Anspruch auf die Restitution.[19]

f) Interessant ist endlich die folgende Anwendung. Wenn ein Haussohn stipuliert: „mihi aut patri", so hat der Zusatz in der Regel gar keine Bedeutung, weil die Forderung ohnehin dem Vater erworben wird, der Forderungsberechtigte selbst aber natürlich nicht zu gleicher Zeit auch solutionis causa adiectus sein kann. Bezog sich jedoch die Stipulation auf das castrense peculium, so erwirbt der Sohn für sich das Forderungsrecht;

---

17) Vgl. noch L. 18 §. 2 D. h. t. 49, 17 (Maecian.); L. 50 D. ad SC. Treb. 36, 1 (Papin.), L. 8 pr. D. de procur. 3, 3 (Ulp.).

18) L. 18 §. 5 in fine D. h. t. 49, 17 (Maecian.): Sed et eius filii nomine non aliter movere actiones potest, quam si satisdederit, eum ratam rem habiturum. Der Beweiskraft dieser Mäcianischen Stelle hier und in der vorigen Note thut es natürlich keinen Eintrag, dass ihr Verfasser noch auf dem Standpunkte der ältern Auffassung stand, welche dem Haussohn in Ansehung des castrense peculium weniger Rechte zuschrieb, als die spätere.

19) L. 3 §. 10 D. de minor. 4, 4 (Ulp.); L. 13 §. 1 D. ex quib. caus. mai. 4, 6 (Paul.). Vgl. auch L. 6 D. de in int. rest. 4, 1 (Ulp.). Um die Auslegung der L. 3 §. 9, 10 D. de minor. drehte sich unter den Juristen des Mittelalters ein lebhafter Streit, der aber den im Text aufgestellten Satz nicht berührt und daher hier nicht weiter verfolgt werden kann. Ich begnüge mich mit einer Verweisung auf die glo. Pomponius ad L. 3 §. 9 cit. und die glo. Testamento ad L. 17 pr. D. de cast. pec. 49, 17; Odofredus, Lectura in L. 3 §. Pomponius D. de minor.; Bartolus ad L. Pater qui castrense (17) D. de cast. pec. nr. 4. S. auch Anton Faber, Coniectur. Lib. IV. cap. 5 und Rational. ad L 3. §. 9 cit.; Savigny, System VII. S. 153 fg.

folglich besteht kein Grund, der alternativen Erwähnung des Vaters die gewöhnliche Wirkung zu versagen.[20]

4) Umgekehrt gehen aber auch alle Ansprüche und Klagen, welche mit dem castrense peculium zusammenhängen, dingliche wie persönliche, nur allein gegen den Sohn. Der Gewalthaber ist nicht gehalten, einen solchen Anspruch zu vertreten, und er braucht sich, wenn der Sohn neben dem castrense peculium auch noch ein gewöhnliches peculium hat, wegen castrensischer Schulden nicht einmal eine actio de peculio gefallen zu lassen.

L. 18 §. 4, 5 D. h. t. 49, 17 (Maecian. lib. I. Fideicomm.): Si quando ex eo peculio (sc. castrensi) filius rem alienam bona fide tenebit, an pater eius in rem vel ad exhibendum actionem pati debeat, ut ceterorum filiorum nomine, quaeritur. Sed verius est, quum hoc peculium a patris bonis separetur, defensionis necessitatem patri non imponendam. (§. 5:) Sed nec cogendus est pater, [propter] aes alienum, quod filius peculii nomine, quod in castris acquisiit, fecisse dicetur, de peculio actionem pati.[21]

Will der Gewalthaber freiwillig dergleichen Ansprüche auf sich nehmen, so kann dieses wiederum nur in der Eigenschaft eines Stellvertreters und nur unter den nämlichen Bedingungen, wie von einem solchen, geschehen. Dieses sagen die auf die eben mitgetheilten sogleich weiter folgenden Worte der L. 18 §. 5 cit.:

Et si sponte patiatur, ut quilibet defensor *satisdato* filium *in solidum*, non peculio tenus defendere debeat.

Der Sohn hingegen muss mit dem castrense peculium seinen sämmtlichen Gläubigern haften. Und zwar nicht bloss den castrensischen, d. h. denjenigen, deren Forderungen sich gerade auf

20) L. 95 §. 5 D. de solut. 46, 3 (Papin.). Vgl. Vangerow, Lehrb. der Pand. III. §. 582 Anm. 2. I. 1. (7. Aufl. S. 166.)

21) Ueber die Einschaltung von „propter" nach „pater" s. oben S. 27 Anm. 1.

das castrense peculium beziehen und als Passiven desselben erscheinen,[22] sondern auch den nicht castrensischen.

L. 7 D. h. t. 49, 17 (Ulp. lib. XXXIII. ad Edict.): Si castrense peculium maritus habeat, in quantum facere potest, condemnabitur, quia etiam non castrensibus creditoribus ex eo peculio magis est eum cogi respondere.[23]

Dieses ist auch ganz natürlich und folgerecht. Denn Hauskinder sind ja überhaupt eigener Schulden und Verbindlichkeiten

22) Ganz unrichtig bestimmt Retes cap. III. §. 13 (p. 249) die castrenses creditores als diejenigen, „qui in militia vel occasione militiae cum eo (sc. filiofamilias) contraxerunt".

23) Die Stelle hat ohne Zweifel zunächst den Anspruch auf Herausgabe der dos im Auge, da, wie die Zusammenstellung in Hommel's Palingenesia libror. iur. vet. III. p. 205 sqq. zeigt, Ulpian in dem 33. Buche des Edictscommentars eben davon gehandelt hat. Gleicherweise muss nach einem andern Ausspruch Ulpian's in der L. 31 pr. D. de religios. 11, 7 (lib. XXV. ad Edict.) das castrense peculium auch für die Kosten der Beerdigung des Haussohns gegenüber der actio funeraria haften: gewiss ebenfalls eine nicht castrensische Schuld. Das „magis est" in der ersten Stelle beweist indessen, dass die Frage nicht unbestritten war. Mit weniger Grund haben viele aus dieser Stelle ein allgemeines beneficium competentiae des Haussohns in Ansehung des castrense peculium herleiten wollen. So schon die Glosse (glo. Condemnabitur ad h. l.); ferner Anton Faber, Iurispr. Papin. tit. XI. princ. VI. ill. 11, Sam. Stryk, Opera omn. Vol. VIII. disp. XXVI. cap. II. §. 11, Majansius §. 23 (p. 273), Thibaut, Syst. des Pand.-R. 8. Ausg. §. 662 bei Note m u. a. Ein solcher Schluss ist in keiner Weise statthaft, weil schon die Erwähnung der Eigenschaft des Haussohnes als Ehemannes genügt, um die Beschränkung der Verurtheilung auf das Maass des erschwinglichen zu erklären. Vgl. L. 20 D. de re iud. 42, 1, Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts §. 267 Nr. 3 u. 8 und besonders Vangerow, Lehrb. der Pand. I. §. 174 Anm. 2 unter b (7. Aufl. S. 295). Natürlich hat aber der Haussohn, so lange er Soldat ist, als solcher ein beneficium competentiae gegenüber allen Forderungen: L. 6 pr., L. 18 D. de re. iud. 42, 1 (Ulp.): Miles, qui sub armata militia stipendia meruit, condemnatus eatenus, quatenus facere potest, cogitur solvere. Denn es gilt überhaupt die einfache Regel, dass der Haussohn mit dem castrense peculium seinen Gläubigern gerade so haftet, wie er unter übrigens gleichen Umständen als paterfamilias haften würde. So schon Retes cap. III. §. 13 (p. 249) und die meisten Neuern. S. z. B. Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilr. 5. Aufl. II. S. 41 Note e und Fritz, Erläuterungen dazu II. S. 117; Göschen, Vorlesungen §. 413.

fähig und können wegen derselben sogar während der Dauer der väterlichen Gewalt verklagt werden.[24] Nur wird dem Gläubiger in der Regel eine solche Klage nicht viel helfen, da dem Verklagten jedes Vermögen fehlt, woraus er den Gläubiger befriedigen könnte. Dieses Hinderniss fällt weg, wenn der Haussohn ein castrense peculium hat. Warum also ihn nicht anhalten, seinen Gläubigern, gleichviel, ob castrensischen oder nicht castrensischen, mit diesem Vermögen aufzukommen?

Demzufolge kann es denn auch keinen Unterschied machen, ob ein Gläubiger des Sohnes seine Forderung vor oder nach dem Eintritte des letztern in den Soldatenstand erworben hat. Auch unter jener ersten Voraussetzung darf sich der Gläubiger an das castrense peculium halten, gleichwie er sich an das eigene Vermögen seines Schuldners halten dürfte, wenn dieser nach der Entstehung der Schuld gewaltfrei geworden wäre. Die beiden Fälle sind vollkommen analog. Zum Ueberflusse besitzen wir aber dafür auch noch ein ganz bestimmtes Quellenzeugniss in der L. 17 §. 2 D. ad municipalem 50, 1. Ihr Wortlaut ist dieser:

> Papinianus lib. I. Resp.: Filium pater decurionem esse voluit. Ante filium ex persona sua respublica debet convenire, quam patrem ex persona filii; nec ad rem pertinet, an filius *castrense peculium tantum possideat*, quum ante militasset *vel postea*.

Also die Stadtgemeinde (hier gewiss eine nicht castrensische Gläubigerin) kann den Sohn wirksam belangen, wenn er auch nichts weiter, als ein castrense peculium hat, und zwar selbst dann, wenn er erst nach der Bekleidung des Decurionates Soldat geworden, die Forderung der Gemeinde gegen ihn sonach vor seinem Eintritt in den Soldatenstand erwachsen ist.[25]

---

24) L. 39 D. de O. et A. 44, 7; L. 57 D. de iudic. 5, 1; L. 44 45 D. de pecul. 15, 1; L. 141 §. 2 D. de V. O. 45, 1; L. 8 §. 4 D. de acceptil. 46, 4; L. 3 §. 4 D. de minor. 4, 4; L. 34 §. 8 D. de solut. 46, 3; L. 5, 9 C. quod cum eo 4, 26 u. a.

25) Zum vollen Verständnisse der Stelle sei noch bemerkt, dass der Vater, der mit seiner Zustimmung seinen Haussohn die Stellung eines

Auch in dem Concurse des Haussohnes stehen castrensische und nicht castrensische Gläubiger im allgemeinen ganz gleich. Nur sollen nach einer Entscheidung Ulpian's in der L. 1 §. 9 D. de separat. 42, 6 die schon vor dem Eintritte des Haussohns in den Soldatenstand durch Vertrag begründeten Forderungen den übrigen, castrensischen oder nicht castrensischen, nachstehen. Der Grund, von dem Ulpian sich leiten liess, und dessen Triftigkeit dahingestellt bleiben mag, liegt ohne Zweifel in folgender Erwägung. Wer einem Haussohn, bevor dieser Soldat sei, creditiere, der habe auf eine Befriedigung aus eigenem Vermögen seines Schuldners während der Dauer der väterlichen Gewalt nicht rechnen können. Die Billigkeit erheische daher eine Zurücksetzung gegen diejenigen, welche dem Haussohn erst nach seinem Eintritt in den Kriegsdienst und vielleicht nur im Hinblick auf das castrense peculium und auf die Möglichkeit ihrer Befriedigung aus demselben Credit gegeben, oder welche ihre Forderungen ohne jedes Zuthun ihres Willens durch Delict oder sonstige einseitige Handlung des Haussohns (in diesen Fällen einerlei, ob vor oder nach seinem Eintritt in den Soldatenstand) erworben.

Ferner wird in der Stelle noch gesagt, dass Gläubiger, welche sich mit der actio de in rem verso an den Gewalthaber halten könnten, vorerst auf diese Klage verwiesen und von der Theilnahme am Concurs über das castrense peculium ausgeschlossen werden sollten.

Zum Belege dieser Sätze mag schliesslich die Stelle selbst hier einen Platz finden. Sie lautet so:

---

decurio übernehmen lässt, wegen aller Ansprüche, die zufolge dessen für die Gemeinde gegen den Sohn erwachsen können, ihr ebenfalls haftet gleich einem Bürgen seines Sohnes, jedoch nur erst nach vorgängiger Ausklagung des letztern und für das, was dadurch von diesem nicht beizutreiben ist. Vgl. L. 2 D. eod. 50, 1; L. 7 D. de adm. rer. ad civit. 50, 8; L. 3 §. 13 D. de pecul. 15, 1; L. 20 §. 6 D. fam. erc. 10, 2; L. 1 C. de decurion. 10, 31 (32); L. 4 C. de filiisf. et quemadm. 10, 60 (62); Keller, Pand. §. 322. — Wegen der L. 17 §. 2 cit. vergleiche man auch Cujacius lib. I. Resp. Papin. ad h. l. und Retes cap. III. §. 15 (p. 249). Die Glosse zu der Stelle bezieht sinnloser Weise das „militasset" auf die Bekleidung des Decurionates selbst.

Ulpianus lib. LXIV. ad Edictum: Si filiifamilias bona veneant, qui castrense peculium habet, an separatio fiat inter castrenses creditores ceterosque, videamus. *Simul ergo admittentur*, dummodo, *si qui cum eo contraxerunt, antequam militaret*, fortasse debeant separari; quod puto probandum. Ergo qui ante contraxerunt, si bona castrensia distrahantur, non possunt venire cum castrensibus creditoribus. Item si quid in rem patris versum est, forte poterit et creditori contradici, ne castrense peculium inquietet, quum possit potius cum patre experiri.

Zwischen „videamus" und „Simul ergo" ist ohne Zweifel von den Compilatoren einiges weggestrichen worden. Dennoch ist für jede unbefangene Betrachtung der Sinn der Stelle klar, und es lässt sich schwer begreifen, wie man daraus jemals den früher sehr allgemein angenommenen Satz hat ableiten können, dass die castrensischen Gläubiger gegenüber den nicht castrensischen ein Separationsrecht in Ansehung des castrense peculium hätten.[26]

§. 24.

5) Wenn ein Haussohn und Inhaber eines castrense peculium ein Gelddarlehen aufnimmt, so findet bis zum Belaufe des castrense peculium das SC. Macedonianum keine Anwendung, weil der Haussohn in Ansehung seines castrense peculium die

26) Diese irrige Meinung findet sich bereits in der Glosse zu der Stelle; ferner z. B. bei Majansius §. 23 (p. 273), Dabelow, Lehre vom Concurs S. 348 fg. u. a. Fritz im Archiv f. civil. Praxis XII. S. 329 nennt sie die einstimmig angenommene. Doch ist die richtige Ansicht bereits anzutreffen bei Retes cap. III. §. 14 (p. 249), welcher als einen ganz analogen Ausspruch die L. 3 D. quod cum eo 14, 5 (Ulp.) anführt. Ganz besonders gründlich aber wird sie vertheidigt von Fritz a. a. O. S. 328 ff. (1829). Seitdem scheint sie allgemeine Anerkennung gefunden zu haben. Vgl. Vangerow, Lehrb. der Pand. III. §. 593. II. 3. (7. Aufl. S. 218); Bayer, Theorie des Concursprocesses §. 21 (4. Aufl. S. 59 fg.); Fuchs, Das Concursverfahren S. 2 ff. Wenigstens erwähnen will ich auch noch die Ansicht Anton Faber's, Iurispr. Papin. tit. VI. princ. V. ill. 3 §. Tractum, welcher diese Stelle gleich so vielen andern für ein höchst ungereimtes Machwerk Tribonian's erklärt.

juristische Stellung eines paterfamilias hat. Alles dieses sagt Ulpian in der L. 1 §. 3 und der L. 2 D. de SC. Maced. 14, 6 aus dem 29. und 64. Buche ad Edictum mit folgenden Worten:

In filiofamilias nihil dignitas facit, quominus Senatusconsultum Macedonianum locum habeat; nam etiamsi consul sit, vel cuiusvis dignitatis, Senatusconsulto locus est, nisi forte castrense peculium habeat; tunc enim Senatusconsultum cessabit (L. 2) usque ad quantitatem castrensis peculii, quum filiifamilias in castrensi peculio vice patrumfamiliarum fungantur.

Dieser Ausspruch lautet so allgemein, dass man zu dem Zweifel gelangen kann, ob nicht sogar wegen eines schon vor dem Eintritte des Haussohnes in den Soldatenstand aufgenommenen Darlehens die exceptio SCti Macedoniani durch den spätern Erwerb eines castrense peculium nachträglich wegfalle. Da indessen nach dem §. 7 I. quod cum eo 4, 7, der L. 1 pr., §. 2, L. 7 §. 10, 16, L. 9 pr., L. 20 D. de SC. Maced. 14, 6 und Paul. II, 10 §. 1 die einmal begründete exceptio SCti Macedoniani in Kraft bleibt, ungeachtet das Hauskind nach dem Empfange des Darlehens gewaltfrei geworden, so muss unbedenklich das gleiche auch für unsern Fall angenommen werden. Nur dann also unterliegt das Gelddarlehen an einen Haussohn dem SC. Macedonianum nicht, wenn er bereits zur Zeit des Darlehensempfanges ein castrense peculium gehabt hat. Und dieses entspricht auch allein dem Zweck und Geiste der Vorschrift, wie er theils in ihrem Wortlaute (L. 1 pr. in f. D. de SC. Mac.), theils in vielfachen Aeusserungen und Entscheidungen der Quellen, als z. B. in §. 7 I. cit., L. 3 pr., §. 1, 2, 3, L. 7 §. 4, 8, L. 9 §. 2, 4, L. 19 D. de SC. Mac., leicht erkennbar zu Tage tritt. Wer wissentlich einem Hauskinde hinter dem Rücken des Gewalthabers ein Gelddarlehen gebe unter Umständen, unter denen er nicht darauf rechnen könne, dass das Hauskind anders als durch den Tod des Gewalthabers die Mittel zur Rückzahlung erhalten werde, dem solle zur Strafe, zugleich aber auch zum Schutze des Gewalthabers, für welchen das Beispiel des Macedo das Bedürfniss eines solchen Schutzes aufgewiesen, jede wirksame

Rückforderungsklage abgesprochen sein.[1] Dieses trifft bloss in dem Fall nicht zu, wenn der Haussohn schon bei dem Empfange des Darlehens Soldat gewesen und in Folge dessen ein castrense peculium gehabt hat. Denn hier war in dem letztern ein Vermögen vorhanden, auf welches der Darleiher als Mittel seiner Befriedigung zählen durfte, und welches, so weit es reicht (und man vergesse nicht, dass nur soweit die Anwendung des Senatusconsultes unterbleibt), jedes Bedürfniss eines besondern Schutzes für den Gewalthaber beseitigt.[2]

Dieses Ergebniss scheint auch eine äussere Bestätigung zu erhalten durch die L. 7 §. 1 C. ad SC. Mac. 4, 28, worin Justinian ausdrücklich nur das Darlehen, welches ein filiusfamilias miles empfangen, von der Herrschaft des SC. Macedonianum entbindet. Indessen ist der Sinn dieser viel besprochenen Verordnung ein äusserst bestrittener, und sie lässt sich daher hier nicht so ohne weiteres als Beweisstelle benutzen, sondern bedarf zuvörderst einer genauern Erörterung. Ich will sie vor allen Dingen wörtlich mittheilen.

Nachdem Justinian in dem ersten Theil des Gesetzes (pr. leg. 7 cit.) bestimmt hat, dass die nachträgliche Genehmhaltung des von einem Haussohne aufgenommenen Gelddarlehens durch den Gewalthaber der vorausgehenden oder gleichzeitigen Zustimmung des letztern gleichstehen und die Anwendung des SC. Macedonianum ausschliessen solle, fährt er am Schlusse des princ und in dem §. 1 folgendermaassen fort:

> Et haec quidem de privatis hominibus sancienda sunt. (§. 1) Sin autem miles filiusfamilias pecuniam creditam acceperit, sive sine mandato vel (al. sive) consensu vel voluntate vel ratihabitione patris, stare oportet contractum, nulla differentia introducenda, ob quam causam pecuniae creditae vel

1) Vgl. Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts §. 373 Anm. 1, Seydel, Die gemeinrechtl. Lehre vom Macedon. Senatsbeschlusse (1869) S. 5 ff., Ryck im Archiv f. civilist. Praxis LIII. (1870) S. 94 ff.

2) Die Meinungen sind verschieden. S. Dietzel, das SC. Macedonianum S. 23 fg. Dietzel selbst vertritt die richtige Ansicht. Ebenso Windscheid a. a. O. Anm. 6 Nr. 2, Seydel S. 11 ff., Ryck S. 100 fg.

ubi (al. uti) consumtae sunt. In pluribus enim iuris articulis filiifamilias milites non absimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt, et ex praesumtione omnis miles non creditur (al. credatur) in aliud quidquam pecunias accipere et expendere, nisi in causis castrensibus (al. in causas castrenses).

Dabei verdient es die Beachtung, dass das Gesetz dem Jahre 530 angehört und folglich den Verfassern der Digesten bei der Zusammenstellung des Titels de Senatusconsulto Macedoniano vorlag.

Unter den Streitfragen, welche aus ihm hervorgegangen, ist die oberste und wichtigste die, ob sich auch diese Vorschrift Justinian's, gleich der L. 1 §. 3, L. 2 D. eod., nur auf das castrense peculium beziehe, oder ob sie vielmehr, über das frühere Recht hinausschreitend, ein neues Privileg der Soldaten als solcher eingeführt habe. Nämlich das Privileg, dass jedes von einem Haussohn während seines Soldatenstandes aufgenommenes Darlehen überhaupt nicht mehr unter das SC. Macedonianum falle. Die Folge wäre, dass für ein solches Darlehen nicht allein der Haussohn mit seinem castrense peculium aufkommen müsste, sondern dass wegen desselben auch sein Gewalthaber der actio de peculio ausgesetzt wäre, ohne sich der exc. SCti Macedoniani bedienen zu können. Seltsam genug freilich, dass Justinian ein solches Ergebniss zu rechtfertigen gesucht haben sollte durch den Hinweis darauf, dass in vielen rechtlichen Beziehungen die Stellung eines filiusfamilias miles nicht unähnlich derjenigen eines Gewaltfreien sei, da doch aus Geschäften eines gewaltfreien Sohnes der Vater überhaupt niemals in Anspruch genommen werden kann.

Trotzdem scheint diese Art der Auslegung in neuerer Zeit die überwiegende zu sein.[3] Das erheblichste und fast das einzige,

3) Als ihre Vertreter nenne ich z. B. Donellus, Comment. XII., cap. 24 §. 10, Meier, Colleg. Argentor. XIV, 6 §. 5 V., Lauterbach, Colleg. XIV, 6 §. 10, Struv, Synt. Exerc. XX. th 57 und Petr. Müller in add. η et ϑ ad h. l.; Glück, Comment. XII. S. 59, XIV. S. 351, Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilr. 5. Aufl. II. S. 228, Thibaut, Syst. des Pand.-R. 8. Ausg. §. 270, 271, Göschen, Vorles.

was sich zu ihren Gunsten anführen lässt, ist, dass in der Stelle zweimal die anscheinend ganz allgemeinen Ausdrücke „miles filiusfamilias“ und „filiifamilias milites“ gebraucht werden. Allein diese Stütze erweist sich bei näherer Prüfung als eine sehr gebrechliche. Denn es kommt in den Quellen unzählige Male vor, dass bloss der filiusfamilias miles genannt wird, wo überhaupt ein Haussohn gemeint ist, der ein castrense peculium hat. Diese Erscheinung ist so überaus häufig, dass man den Ausdruck filiusfamilias miles im Munde und Sinne der Römer fast geradezu als Kunstausdruck für einen Haussohn als Inhaber eines castrense peculium betrachten kann. Eine Anzahl von Belegen, die ich in der Anmerkung angeben will, wird genügen, um dieses ausser Zweifel zu setzen.[4] Und dieses Verfahren der Römer darf auch gar nicht auffallend erscheinen. Denn bei dem weiten Umfange, welchen allmählich das castrense peculium erhalten, ist ein Haussohn als Soldat ganz ohne ein solches nicht wohl zu denken. Sehr

---

§. 480 I. E., II. B., Seuffert, Prakt. Pandektenrecht §. 312, Vangerow, Lehrb. der Pand. I. §. 245. 2. e. (7. Aufl. S. 457), Arndts, Pand. §. 282 Anm. 2 a. E., Burckhard, Die civil. Präsumtionen S. 106 fg., 175, Ryck S. 113 fg. Die andere, richtige Ansicht ist wohl schon als diejenige der Glosse zu betrachten (s. glo. ad L. 2 D. de SC. Maced. 14, 6). Mit Bestimmtheit bekennen sich zu ihr Paulus de Castro ad L. Si filiusf. (7) C. eod. nr. 1, Cujacius, Comm. in tit. C. ad SC. Maced. 4, 28, Ant. Faber, Rational. in L. 2 D. de SC. Maced., Retes cap. III. §. 3 (p. 247), Bauer, de pecul. qu. cast. studios. §. XXX. (Opusc. acad. I. p. 69), Stryk, Usus mod. XIV, 6 §. 8, Mühlenbruch, Lehrb. des Pand.-R. §. 575 a. E., Puchta, Pand. §. 306 Note t, Sintenis, Das pract. gem. Civilr. §. 108 Anm. 48 (3. Aufl. II. S. 523), Dietzel, Das SC. Maced. S. 22 ff., Windscheid, Lehrb. §. 373 Anm. 6, Seydel S. 16. Von dem Dasein einer festen Usualinterpretation kann, wie man sieht, hier nirgends die Rede sein.

4) L. 1, 2, 9, 12, 14 pr. D. h. t. 49, 17, L. 52 §. 4 coll. §. 5 D. de furt 47, 2; L. 39 D. de test. mil. 29, 1; L. 1 §. 6, L. 50 D. ad SC. Treb. 36, 1; L. 6 D. de in int. rest. 4, 1; L. 2 §. 2 D. fam. erc. 10, 2; L. 12 §. 1 D. de neg. gest. 3, 5; L. 34 pr. D. de H. P. 5, 3; L. 45 §. 3 D. de ritu nupt. 23, 2; L. 8 pr. D. de iure patron. 37, 14; L. 22 D. de bon. lib. 38, 2; L. 3 §. 7 D. de suis et leg. 38, 16; L. 10 pr. D. ad SC. Tert. 38, 17; L. 15 D. de mort. c. don. 39, 6; L. 33 pr. D. de A. R. D. 41, 1; L. 18 pr. D. de stip. serv. 45, 3.

natürlich also, dass man erstlich bei jedem filiusfamilias miles ein castrense peculium ohne weiteres als selbstverständlich voraussetzte, und dass man ferner, wo es auf eine Unterscheidung des veteranus von dem miles nicht ankam, weil von dem einen das nämliche galt, wie von dem andern, sich häufig, anstatt in schleppender Weise allgemein von einem filiusfamilias, qui castrense peculium habet, zu reden, der Kürze halber mit der Nennung des filiusfamilias miles begnügte in dem Vertrauen, der Leser werde dieses schon nach der wahren Meinung verstehen und auf einen jeden Haussohn, der ein castrense peculium habe, beziehen.

Könnte nun nicht in unserer L. 7 §. 1 C. cit. der Ausdruck miles filiusfamilias in gleichem Sinne gebraucht sein? Die Möglichkeit ist gewiss nicht zu beweifeln. Mir dünkt aber, etwas genauer angesehen lässt die Stelle selbst klar erkennen, dass in ihr der Ausdruck wirklich so gebraucht und gemeint ist. Denn, wenn darin bemerkt wird: in pluribus enim iuris articulis *filiifamilias milites* non absimiles videntur hominibus, qui sui iuris sunt: so passt dieses offensichtlich einerseits auf die filiifamilias milites bloss, insofern sie ein castrense peculium haben, unter der Voraussetzung dieses Merkmals aber andererseits nicht minder auch auf die filiifamilias veterani. Die Bemerkung würde also in jeder Hinsicht schief herauskommen, wenn man nicht annehmen wollte, dass Justinian von den filiifamilias milites nur in dem obigen Sinn und der obigen Meinung rede.

Mir scheint sonach, dass Justinian bei seiner Verordnung allgemein an die Haussöhne, die ein castrense peculium haben, gedacht und bloss von filiifamilias milites gesprochen nicht etwa, um die Anwendung auf die veterani auszuschliessen, sondern ganz im Gegentheil nach dem Beispiel der klassischen Juristen, weil er diese Anwendung für selbstverständlich hielt und nicht erwartete, dass jemand sie bezweifeln würde.

Diese Ansicht setzt freilich voraus, dass Justinian hier gar nicht etwas völlig neues einführen, sondern nur eine bestehende und bekannte Streitfrage habe entscheiden wollen. War aber letzteres der Fall, und hatte der Streitpunkt gar nichts mit dem Unterschiede zwischen miles und veteranus zu thun, sondern

bezog er sich auf etwas anderes, bei beiden gleichermaassen zutreffendes, dann wird man wohl das Zugeständniss nicht verweigern, dass jene Ansicht gar keinem Bedenken unterliegen kann. Es ist also bloss die Frage, ob sich ein solches Verhältniss der Stelle nachweisen oder mindestens in einem zureichenden Grade wahrscheinlich machen lasse. Dieses hat aber gar keine Schwierigkeit.

Erstens ist das Gesetz, wie schon gesagt, im Jahre 530 erlassen, und wir dürfen daher von vornherein vermuthen, dass es zu den L Decisiones gehörte, wodurch eben bestehende Streitfragen beseitigt werden sollten. Diese Vermuthung wird dadurch bekräftigt, dass Justinian im ersten Theil seiner Verordnung ganz ausdrücklich erklärt, er erlasse sie, um einen Zweifel der alten Juristen (veterum ambiguitatem) zu entscheiden. Und auch der Umstand spricht noch dafür, dass Justinian zur Rechtfertigung der beiden in dem Gesetze gegebenen Entscheidungen nicht praktische, sondern theoretische Gründe anführt. Sehr natürlich, wo es sich um die Erledigung einer schwebenden wissenschaftlichen Streitigkeit handelt; eben so seltsam dagegen und kaum begreiflich, wo die Einführung von etwas ganz neuem, insbesondere eines neuen Privilegs die Absicht wäre.

Gegen die Annahme, dass Justinian hier ein neues Privileg zu Gunsten der Soldaten einführe, spricht aber zweitens auch folgende Rücksicht. Justinian suchte sonst die Privilegien der Soldaten möglichst einzuschränken, indem er namentlich ihre Testamentsprivilegien nur noch für die Zeit des Feldzuges gelten liess.[5] Sollte er sie trotzdem wieder mit neuen Privilegien ausgestattet haben? Und noch dazu mit solchen, die für ihren Gewalthaber gefährlich werden konnten? Gewiss hat dieses alle Wahrscheinlichkeit gegen sich.

Dazu kommt endlich drittens, dass die Stelle recht gut erkennen lässt, worin der von Justinian zu erledigende Streitpunkt bestand. Offenbar hatten nämlich manche römische Juristen bei Darlehen, die ein Haussohn und Inhaber eines castrense

---

5) L. 17 C. de test. mil. 6, 21. Vgl. auch L. 8 C. de restit. mil. 2, 51 und L. 8 C. quib. non obiic. l. t. praescr. 7, 35.

peculium aufnahm, darauf achten wollen, ob das Geld gerade für das castrense peculium entliehen oder wenigstens verwendet worden sei, ob also die Darlehensschuld als eine eigentlich castrensische zu betrachten, oder nicht. Nur in dem ersten Fall hielten sie das SC. Macedonianum für unanwendbar, nicht aber in dem zweiten. Und für eine solche Unterscheidung liessen sich in der That manche gute Gründe anführen. Erstens der theoretische, dass ein Haussohn nur, insofern er für sein castrense peculium und in Angelegenheiten desselben handelt (in causa castrensis peculii), die juristische Stellung eines paterfamilias hat. Zweitens war die Anwendung des Senatsbeschlusses auf nicht castrensische Darlehensschulden durch die Rücksicht auf den Gewalthaber geboten, da dieser einzig wegen castrensischer Schulden des Haussohnes nicht mit der actio de peculio belangt werden kann. (§. 23 Nr. 4.) Es konnte aber leicht als eine nothwendige Consequenz erscheinen, entweder dem Haussohn wie dem Gewalthaber die exceptio SC. Macedoniani gegen die Darlehensklage zuzusprechen, oder sie dem einen wie dem andern zu versagen. Drittens endlich und nicht am wenigsten ist gewiss auch der Umstand von Einfluss gewesen, dass ein Theil der römischen Juristen das castrense peculium für nicht castrensische Schulden gar nicht wollte haften lassen. (§. 23 Anm. 23.)

Andere hingegen, und zu ihnen gehörte nach der L. 1 §. 3, L. 2 D. de SC. Maced. 14, 6 (S. 163 fg.) namentlich Ulpian, verwarfen jene Unterscheidung. Davon ausgehend, dass das castrense peculium auch für die nicht castrensischen Schulden des Haussohnes aufkommen müsse (S. 160), sahen sie keinen Grund, weshalb es gerade nur wegen nicht castrensischer Darlehensschulden nicht sollte in Anspruch genommen werden können. Mit andern Worten, wer einem Haussohn als Soldaten oder Veteranen ein Gelddarlehen gebe, der sollte, um sich an das castrense peculium halten zu dürfen, nicht erst zu untersuchen brauchen, ob das Darlehen gerade auch für dieses Vermögen bestimmt oder wenigstens darein verwendet sei. Alle Gefahr für den Gewalthaber aber beseitigten sie dadurch, dass sie ihm stets und unter allen Umständen, mochte nun der Sohn ein castrense peculium haben,

oder nicht, die exceptio SC. Macedoniani gegen die Darlehensklage gewährten, und dass sie selbst dem Sohne diese exceptio gerade nur so weit verweigerten, als das castrense peculium reichte.

Justinian gab der zweiten Ansicht den Vorzug. Jedes von einem Haussohn und zugleich Soldaten aufgenommenes Gelddarlehen, so verordnet er in der L. 7 §. 1 C. cit., solle ohne Rücksicht auf die Genehmigung des Gewalthabers ein vollkräftiges Geschäft sein, ohne jede Unterscheidung, zu welchem Behufe (ob quam causam) das Geld hergegeben oder verwendet sei, ob gerade für das castrense peculium (ob causam castrensem), oder nicht. Diese Entscheidung rechtfertige sich durch die Erwägung, dass ja überhaupt in vielen rechtlichen Beziehungen die filiifamilias milites gleich patresfamiliarum behandelt würden. Dem Einwande der Gegenpartei aber, dass dieses doch eben nur in Ansehung des castrense peculium zutreffe, dass man also mit diesem Grunde füglich bloss zur vollen Geltung eigentlich castrensischer, gerade für das castrense peculium gemachter Darlehensschulden gelangen könne, — diesem Einwande entziehe er jeden Boden durch die Aufstellung der Rechtsvermuthung, dass bei einem Gelddarlehen, welches ein Soldat (und überhaupt der Inhaber eines castrense peculium) aufnehme, stets angenommen werden müsse, es sei für das castrense peculium bestimmt oder werde wenigstens für dasselbe verwendet.

Diese Rechtsvermuthung hat übrigens neben ihrer theoretischen auch noch eine nicht unerhebliche praktische Bedeutung. Denn jede von dem Inhaber eines castrense peculium gemachte Darlehensschuld ist dadurch dem Gläubiger gegenüber für eine castrensische erklärt. Wegen castrensischer Schulden eines Haussohnes kann aber sein Gewalthaber überhaupt nicht, nicht einmal de peculio, in Anspruch genommen werden. Und es folgt also aus dem Inhalte der L. 7 §. 1 C. cit. selbst, dass die Meinung nicht richtig sein kann, welche aus jedem von einem Haussohn als Soldaten aufgenommenen Gelddarlehen nicht allein eine Klage gegen den Sohn, sondern auch eine actio de peculio gegen seinen Gewalthaber für zulässig hält.

Man wird wohl zugeben, dass durch diese Auffassung und Auslegung die Stelle erst einen vollkommen guten Sinn und Zusammenhang bekommt. Um sie vollends zu rechtfertigen, bleibt mir höchstens noch der Nachweis übrig, dass „in causis castrensibus", oder, wie andere Handschriften, wohl richtiger, haben: „in causas castrenses" so viel heisst oder mindestens heissen kann als: „in causas castrensis peculii". Nichts leichter aber als dieser Beweis. Denn castrensis ist der stehende Kunstausdruck für das zu dem castrense peculium gehörige oder auf es bezügliche.[6]

Darf man demnach in der L. 7 §. 1 C. cit. nicht ein neues Privileg der Soldaten, sondern nur die Entscheidung einer auf das castrense peculium bezüglichen Streitfrage erblicken, so ergeben sich wieder einige weitere Fragen.

---

6) Res castrensis = res castrensis peculii: L. 2 pr. D. de cont. emt. 18, 1; L. 4 §. 1 D. h. t. 49, 17; L. 3 §. 3 D. de assign lib. 38, 4; L. 30 §. 2 D. qui et a quib. 40, 9; L. 33 pr. D. de A. R. D. 41, 1; L. 52 §. 4 D. de furt. 47, 2; L. 9 D. h. t. 49, 17. Castrenses creditores = creditores castrensis peculii: L. 1 §. 9 D. de separat. 42, 6; L. 7 D. h. t. 49, 17. Castrensis pecünia = pecunia peculii castrensis: L. 54 D. ad SC. Treb. 36, 1. Es ist zwar in dieser letzten Stelle von einem filius emancipatus die Rede, allein vgl. Paul. V, 9 §. 4; fragm. de iure fisci §. 10 und §. 2 Anm. 10. — Dass in der L. 7 §. 1 C. cit. der Ausdruck „in causas castrenses" so viel bedeute als „in causam castrensis peculii" ist schon die Ansicht der Glosse (ad L. 2 D. de SC. Mac. 14, 6). In gleichem Sinne sprechen sich aus: Paulus de Castro ad L. Si filiusf. (7) C. ad SC. Maced. nr. 1; Sichard ad L. 1 et 2 C. eod. nr. 15—17; Anton Faber, Rational. in L. 2 D. de SC. Maced.; Lauterbach, Colleg. XLIX, 17 §. 6; Mühlenbruch, Lehrb. §. 575 bei Note 22 u. v. a. Die Meinung, dass die L. 7 §. 1 C. cit. mit den Worten „in causas castrenses" sagen wolle: „zum Behufe von Kriegsbedürfnissen" finde ich z. B. bei Meier, Coll. Argent. XIV, 6 §. 5 V., Brunnemann ad L. ult. C. ad SC. Maced. nr. 9 und ad L. 1 D. eod. nr. 5; Lauterbach, Colleg. XIV, 6 §. 10 (also anders, als in lib. XLIX.); Glück, Commentar XII. S. 59, Ryck S. 113 fg. Es wäre aber erst noch nachzuweisen, dass causa castrensis jemals in diesem Sinn in den Quellen vorkäme. Bei Brissonius habe ich kein Beispiel angetroffen, und das einzige annähernde mir bekannte Beispiel findet sich in der L. 3 D. h. t. 49, 17, wo castrenses res, aber auch freilich nur in der Zusammenstellung „castrenses vel militares res", in der Bedeutung von Sachen des militärischen Gebrauches steht.

Zuvörderst die Frage, ob es zur Anwendbarkeit dieser Justinianischen Bestimmung genüge, dass der Haussohn bei dem Empfange des Darlehens Soldat gewesen, oder ob er ausserdem auch schon ein castrense peculium gehabt haben müsse. Hierauf ist zu sagen, dass jeder filiusfamilias miles vom Standpunkte des neuern römischen und insbesondere des Justinianischen Rechtes auch ein castrense peculium hat, und bestünde es in nichts weiterem, als seinen Kleidern. Jedenfalls darf der Darleiher das Dasein eines castrense peculium voraussetzen; zum allermindesten aber auf den Erwerb eines solchen rechnen. Es fallen also sämmtliche Rücksichten hinweg, aus denen das SC. Macedonianum hervorgegangen, und es ist nirgends ein Grund ersichtlich, dem Gläubiger die Belangung seines Schuldners wegen eines Darlehens, dass er ihm nach seinem Eintritte in den Soldatenstand gegeben, bis zum Belaufe seines (früher oder später erworbenen) castrense peculium zu versagen.[7]

Eine fernere Frage ist, ob die Anwendung der L. 7 §. 1 C. cit. verhütet werden könne durch den Gegenbeweis, dass im gegebenen Fall das geliehene Geld in Wahrheit nicht für das castrense peculium weder ursprünglich aufgenommen, noch auch nachträglich verwendet worden sei. Dass diese Frage zu verneinen, geht aus der ganzen bisherigen Erörterung und aus dem Wortlaute der Verordnung selbst hervor.[8]

---

7) Die richtige Ansicht bei Dietzel, Das SC. Maced. S. 23 ff. und Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts §. 373 Anm. 6 Nr. 2. Anderer Meinung Retes cap. III. §. 3 (p. 247), Mühlenbruch, Lehrb. §. 575, Seydel S. 12 ff., 16, Ryck S. 100 fg. Samuel Stryk, Opp. omn. Vol. VIII. disp. XXVI. cap. II. §. 10, ebenfalls von der Ansicht ausgehend, dass der Haussohn schon zur Zeit des Darlehensempfanges ein castrense peculium gehabt haben müsse, verlangt noch weiter, dass dieses dem Darleiher auch müsse bekannt gewesen sein. Sei es ihm nicht bekannt gewesen, so finde das SC. Macedonianum Anwendung, weil sich dann der Gläubiger in dolo befunden habe.

8) Die Frage war bereits unter den Juristen des Mittelalters eine streitige. Das richtige vertheidigt schon Placentinus, Summa Codicis in lib. IV. tit. 28 ad SC. Maced.; ferner Paulus de Castro ad L. 1 §. ult. D. de SC. Maced. nr. 3. Eben so die meisten Neuern: Thibaut, Theorie der logischen Auslegung §. 25 (S. 109 fg.); Glück, Comment. XII.

§. 25.

Schon die seither betrachteten Sätze lassen wohl keinen Zweifel, dass am Ausgange der klassischen Zeit der Haussohn in Ansehung seines castrense peculium juristisch ganz und gar wie ein paterfamilias behandelt wurde. Dennoch habe ich des allermeist schlagenden Beweises dafür noch gar nicht gedacht. Er liegt

6) in dem Umstande, dass in Rücksicht auf das castrense peculium sogar vollkommen wirksame Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse, ja selbst Klagen und Processe zwischen dem Haussohn und seinem eigenen Gewalthaber vorkommen konnten, während dergleichen sonst zwischen solchen Personen völlig unmöglich war. Gaius sagt in der L. 4 D. de iudiciis 5, 1 (lib. I. ad Edictum provinciale) ganz ausdrücklich:

> Lis nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio.[1]

Um dieses im einzelnen etwas weiter zu verfolgen, so können also

a) zwischen Vater und Sohn vermögensrechtliche Geschäfte, welche sich auf das castrense peculium beziehen, mit voller

---

S. 59 (bes. Anm. 59); Vangerow, Lehrb. der Pand. I. §. 245. 2. e. (7. Aufl. S. 457); Burckhard, Die civilist. Präsumtionen S. 107, 175; Seydel S. 16. Anderer Meinung: Strube, Rechtliche Bedenken II. Bed. 125; Mühlenbruch, Lehrb. des Pand.-R. §. 575 geg. E.

1) Vgl. noch L. 8 pr. D. de in ius voc. 2, 4, worüber Retes cap. III. §. 9 (p. 248). Dass die Klagen zwischen Vater und Sohn immer nur utiles actiones gewesen, wie Retes cap. III. §. 8 (p. 248) mit Berufung auf die L. 10 §. 2 D. de fideiuss. 46, 1 und die L. 52 §. 5 D. de furt. 47, 2 behauptet, lässt sich aus diesen Stellen schwerlich folgern. Vielmehr scheint eine Vergleichung der L. 52 §. 5 cit. mit §. 4 und §. 6 ibid. für die Regel eher auf das Gegentheil hinzuführen. Auch sprechen für die Annahme von utiles actiones nicht einmal innere Gründe. Denn wenn man einmal kraft kaiserlicher Constitutionen dem Haussohn in Ansehung seines castrense peculium Eigenthum und Forderungen zuschrieb gleich einem paterfamilias: warum hätte man ihm dann nicht gleichwie einem solchen auch direct gefasste Klagen gewähren sollen? und wenn man sie ihm gewährte, warum dann nicht auch gegen den Gewalthaber selbst, dem er doch in Betreff des castrense peculium völlig wie ein Gewaltfreier gegenüberstand?

Gültigkeit und Wirksamkeit, wie zwischen einander ganz fremden Personen, stattfinden.

L. 2 pr. D. de cont. emt. 18, 1 (Ulp. lib. I. ad Sabin.): Inter patrem et filium contrahi emtio non potest, sed *de rebus castrensibus potest.*

L. 15 §. 1, 2 D. h. t. 49, 17 (Papin. lib. XXXV. Quaest.): Si stipulanti filio spondeat, *si quidem ex causa peculii castrensis, tenebit stipulatio;* ceterum ex qualibet alia causa non tenebit. (§. 2) Si pater a filio stipulatur, eadem distinctio servabitur.[2]

Auch dadurch kann der Haussohn gegen seinen Gewalthaber eine Forderung erwerben, dass er für ihn aus dem castrense peculium etwas auslegt unter Umständen, unter denen dadurch auch einem Dritten gegenüber ein Anspruch auf Schadloshaltung begründet werden würde.

L. 10 §. 2 D. de fideiuss. 46, 1 (Ulp. lib. VII. Disput.): Filiusfamilias pro patre poterit fideiubere; nec erit sine effectu haec fideiussio. — — Plane si is emancipatus solverit, utilis ei actio debebit competere; in potestate etiam manenti eadem actio competit, si de peculio castrensi pro patre solverit.

b) Aber selbst Forderungen und Klagen aus Delicten sind möglich, wiewohl an sich aus Delicten zwischen Gewalthaber und Hauskind keinerlei im Rechtswege zu verfolgende Ansprüche entspringen.[3] Nur muss das Delict mit dem castrense peculium in einem Zusammenhange stehen, also z. B. von dem Vater an

---

2) S. noch L. 42 §. 3 D. de acq. her. 29, 2 (Ulp.) und dazu Retes cap. III. §. 7 (p. 248). Vgl. auch oben §. 11 Nr. 3. Anton Faber, Errores pragm. dec. XLIII. err. 5 untersucht weitschweifig, ob der Sohn dem Vater castrensische Sachen auch gültig schenken könne. Er selbst sagt in nr. 8, eine solche Schenkung sei von Anfang an gültig, stellt dann aber in nr. 9 seqq. eine sehr unnöthige Untersuchung an, ob man, vorausgesetzt, die Schenkung wäre nicht gültig, annehmen könne, dass sie durch den Tod confirmiert werde.

3) Vgl. in Betreff der Regel L. 16, 17 D. de furt. 47, 2.

einer castrensischen Sache, oder von einem castrensischen Sklaven gegenüber dem Vater begangen sein.[4] Verübt der Sohn selbst ein Delict, z. B. eine Entwendung, gegen den Vater, so entsteht für diesen eigentlich keine Klage, weil sich nicht sagen lässt, dass das Delict mit dem castrense peculium zusammenhänge. Doch meint Ulpian in der L. 52 §. 5 D. de furt. 47, 2, man könne ihm wenigstens eine utilis actio gestatten, da der Sohn „habeat, unde satisfaciat".[5]

---

4) Vgl. in Ansehung des ersten die L. 52 §. 6, wegen des zweiten die L. 52 §. 4 D. de furt. 47, 2 (Ulp.). Ueber die L. 52 §. 6 cit. handelt Anton Faber in den Errores pragm. dec. LXXXII. err. 7 und 8. Mit guten Gründen widerlegt er die Meinung des Cujacius, dass Ulpian unter der furti actio hier nur eine in factum actio ad exemplum furti verstanden habe. Den — allerdings auffälligen — Umstand, dass ein Haussohn eine furti actio, also eine infamierende Klage, gegen den Vater soll anstellen können, sucht Faber daraus zu erklären, dass das Verbot, infamierende Klagen gegen den Vater zu gebrauchen, nur für emancipierte Kinder gelte, welche die freie Stellung, die ihnen der Vater durch die Emancipation verschafft, nicht zu seinem Nachtheil missbrauchen dürften, sondern ihm durch gebürende Rücksicht ihre Dankbarkeit bethätigen müssten. Der filiusfamilias miles dagegen verdanke die freie Stellung, die er zu dem castrense peculium einnehme, gar nicht seinem Vater, sondern kaiserlichen Verordnungen und brauche daher jenem in Betreff des castrense peculium keine Rücksicht zu zollen. Demnach behauptet Faber auch, dass das Edict, wonach Kinder ihre Eltern nicht ohne prätorische Erlaubniss in ius vocieren durften, für den Haussohn in Rücksicht des castrense peculium nicht gelte. Dieser Behauptung widerspricht jedoch die L. 8 pr. D. de in ius voc. 2, 4 (vgl. Retes cap. III. §. 9 [p. 248]), obwohl sonst für Faber's Ansicht die L. 16 §. 12 in fine D. ad SC. Treb. 36, 1 zu reden scheint. Die Glosse zu der L. 52 §. 6 cit. giebt zwar zu, dass in dieser Stelle von der eigentlichen furti actio die Rede sei, meint aber, dass gleichwohl nur eine actio in factum gebraucht werden dürfe wegen der L. 11 D. de dolo 4, 3 und der L. 5 C. eod. 2, 21. Auch nach den Basiliken LX, 12, 52 würde der Sohn gegen den Vater, der eine castrensische Sache entwendet, nur eine utilis furti actio haben.

5) Mit L. 52 §. 5 cit. vergleiche man §. 4 und pr. — §. 3 ibid. Die L. 52 §. 5 cit. wird weitläufig von Anton Faber, Errores dec. LXXXII. err. 6 besprochen. Faber gelangt zu dem bei ihm nicht ungewöhnlichen Ergebnisse, dass diese Stelle nicht dem Ulpian, sondern der „inscitia Triboniani" zuzuschreiben, besonders weil sie dem §. 4 ibid. widerspreche und auch sonst Tribonian's Hand und Stil verrathe. (?)

c) In dieser Verbindung lässt sich füglich auch der Satz erwähnen, dass der Vater, welchem fideicommissarisch die Restitution einer Erbschaft an seinen Haussohn aufgegeben ist, von diesem in Gemässheit des SC. Pegasianum zum Erbschaftsantritte gezwungen werden kann, falls das Fideicommiss in das castrense peculium kommt.[6]

7) Der Haussohn kann endlich über sein castrense peculium ganz wie ein paterfamilias letztwillig verfügen. Dieser Punkt wird aber zweckmässig erst weiter unten zu erörtern sein. (§. 28 ff.)

Statt dessen will ich hier gleichsam anhangsweise noch folgende Frage berühren, für welche ich einen passendern Platz nicht zu finden weiss.

Wenn der Haussohn, der ein castrense peculium hat, wahnsinnig wird, so kann die Frage entstehen, und sie scheint in der That einen Gegenstand des Streites gebildet zu haben, ob es wegen des castrense peculium eines besondern Curators für den Wahnsinnigen bedürfe, oder aber ob die Verwaltung dem Gewalthaber zu überlassen sei. Für das erste liess sich anführen, dass in Beziehung auf das castrense peculium der Haussohn völlig wie ein paterfamilias betrachtet und behandelt werde. Für das zweite dagegen sprach, dass dieser Haussohn eben doch nicht aufgehört habe, Haussohn zu sein, dass aber eine Vormundschaft bloss bei gewaltfreien Personen eintreten könne, und dass überdies die eigenthümliche Behandlung des castrense peculium nicht aus Ungunst und Misstrauen gegen den Vater, sondern nur aus besonderer Gunst gegen den Sohn entsprungen sei. Diese zweite Ansicht scheint namentlich in Tertullian einen Vertreter gehabt zu haben; von Justinian wurde sie gesetzlich festgestellt. Beides ergiebt sich aus der L. 7 pr. C. de curat. furios. 5, 70 (v. J. 530), wo es am Schlusse heisst:

---

6) L. 16 §. 12 D. ad SC. Treb. 36, 1 (Ulp.). Vgl. aber auch §. 11 ibid. Ohne Zweifel ist diese Stelle und vielleicht auch jene erste in Rücksicht auf die veränderten Grundsätze des Justinianischen Rechtes über die Fähigkeit der Hauskinder, für sich selbst zu erwerben, und insbesondere auf die L. 8 pr. C. de bon. quae lib. 6, 61 (v. J. 531), interpoliert. — S. auch Retes cap. III. §. 11 (p. 248).

Licet Tertullianus, iuris antiqui interpres, libro singulari, quem de castrensi peculio condidit, tali tractatu proposito videatur obscure eandem attingere sententiam, tamen nos hoc apertissime introduximus.

§. 26.

Der Gewalthaber hat, so lange der Sohn lebt und nicht etwa durch schlechtes Verhalten seine günstige Stellung zu dem castrense peculium eingebüsst hat, an dieser Vermögensmasse durchaus kein Recht. Er steht ihr nicht anders, als dem Vermögen irgend eines Dritten, gegenüber.

Abgesehen von vielem bereits in den vorigen Paragraphen gesagtem geht dieses unzweideutig aus folgenden Anwendungen hervor.

1) Der Vater kann das castrense peculium unter keinen Umständen einziehen; auch nicht bei der Emancipation des Haussohnes, oder wenn er diesen in Adoption giebt.[1] Und selbst nicht im Fall der Dürftigkeit, sondern er kann dann bloss, wie von einem emancipierten Kinde, Alimentation begehren.[2]

2) Auch die Gläubiger des Vaters können das castrense peculium nicht angreifen.[3]

3) Rechtshandlungen, welche Eigenthum voraussetzen, sind dem Vater in Ansehung castrensischer Sachen unmöglich, wenigstens sofern sie nach der Natur oder dem Inhalte des Geschäftes ihre Wirkung sofort äussern müssten. Bei Verfügungen, deren

---

1) L. 12 D. h. t. 49, 17 (Papin.). S. auch pr. I. quib. non est perm. 2, 12 und Theophil. ad h. l.; ferner L. 6 §. 3 C. de bon. quae lib. 6, 61 (Iustinian.). Vgl. L. 5 pr. C. de silentiar. 12, 16 (Anastas.). Die L. 4 §. 34 D. de doli exc. 44, 4 verb.: „parenti licere deteriorem conditionem liberorum in rebus peculiariis facere" steht natürlich nicht entgegen, da diese Stelle offensichtlich nur das gewöhnliche peculium im Auge hat. Vgl. Ant. Faber, Iurispr. Papin. tit. XI. princ. VI. ill. 14.

2) L. 5 §. 15 D. de agnosc. lib. 25, 3 (Ulp.); vgl. L. 50 in f. D. ad SC. Treb. 36, 1 (Papin.).

3) Pr. I. qu. non est perm. 2, 12 und Theophil. ad h. l.

Wirkung erst in der Zukunft bevorsteht, gelten noch immer besondere, später zu betrachtende Regeln. (§. 37 ff.)

Demnach kann z. B. der Vater nichts aus dem castrense peculium (durch sofort wirkenden Rechtsact) veräussern;[4] insbesondere keine castrensischen Sklaven durch vindicta freilassen.

L. 17 D. de manum. 40, 1 (Modestin. lib. VI. Regul.): Servi, quos filiusfamilias in castris quaesiit, non in patris familia computabuntur; nec enim pater tales *filii* servos manumittere poterit.[5]

Setzt der Vater einen castrensischen Sklaven zum Erben ein, und wird die Erbschaft bei dem Leben des Sohnes deferiert, so wird der Sklave (und damit sein Herr, der Sohn) nicht mehr, wie nach früherm Rechte, necessarius heres des Vaters (§. 16), sondern er erwirbt die Erbschaft für seinen Herrn erst durch den Antritt auf Befehl des letztern. Dieses folgt nicht allein aus der ganzen Gestaltung, welche das Verhältniss bei dem castrense peculium in der neuern Auffassung angenommen, sondern es erhellt auch unmittelbar aus der L. 19 §. 1 D. h. t. 49, 17, einem Ausspruche Tryphonin's im 18. Buche seiner Disputationes:

Sed si servus peculii castrensis *a quocunque* sit heres scriptus, *iussu militis adire debebit hereditatem*, eaque fiet bonorum castrensis peculii.

So hätte Tryphonin unmöglich schreiben können, gesetzt dass dem Vater gegenüber etwas anderes gegolten.

Das Ergebniss dieser Stelle wird aber noch unterstützt durch folgende Aeusserung Ulpian's in der L. 9 D. h. t.:

---

4) L. 18 §. 1—3 D. h. t. 49, 17 (Maecian.). Ich brauche kaum daran zu erinnern, dass diese Stelle hier volle Beweiskraft hat, ungeachtet sie noch völlig auf dem Boden der ältern Auffassung steht. Denn da diese dem Vater mehr Rechte in Rücksicht des castrense peculium zuschrieb, als die spätere, so sind Einwirkungen auf dieses Vermögen, welche schon sie ihm versagte, nach der spätern natürlich noch viel weniger möglich.

5) S. auch L. 19 §. 4 D. h. t. 49, 17 (Tryphonin.), worüber unten §. 42. In offenem Widerstreite mit dieser Stelle und mit allen andern von Verfügungen sofort wirkender Art über castrensische Sachen von Seite des Vaters handelnden scheint der Ausspruch des Paulus in der L. 98 §. 3 D. de solut. 46, 3 zu stehen. Ich werde später angeben, was ich von dieser Stelle denke. (§. 37.)

Marcellus putat, necessarium quoque heredem servum filii peculiarem patri existere posse, *si filio pater supervixerit.*

Der Schluss vom Gegentheil, dass der castrensische Sklave nicht necessarius heres des Vaters werde, falls letzterer während der Lebenszeit des Sohnes sterbe, ist im Hinblick auf den ganzen Zusammenhang, in welchem die Aeusserung geschieht, ein nothwendig gebotener.

Die L. 18 pr. D. h. t. (S. 109) darf uns hier nirgends beirren. Denn sie ist aus einem Werke Mäcian's geschöpft und gehört noch gänzlich der frühern Anschauung und Rechtsgestaltung an. Und wollte man geltend machen, dass sie doch in Justinian's Digesten Aufnahme erhalten, so beweist dieses immer noch nichts für die Zeit des Kaisers Alexander, mit welcher allein wir es hier zu thun haben. Vielmehr liegt darin nur ein Beweis, dass die Compilatoren in manchen Stücken sich jener ältern Anschauung wieder nähern und auf ihre Consequenzen zurückgehen wollten. (§. 47.) Bloss von dem Standpunkte der Zeit Alexander's angesehen, kann diese Mäcianische Stelle im Gegentheil nur dazu dienen, die Beweiskraft jener andern Stellen noch erheblich zu verstärken. Denn wenn bei der Abfassung der letztern der Ausspruch Mäcian's und ähnliche Aussprüche anderer älterer Juristen vorlagen, so kann es vollends keinem Zweifel unterliegen, dass Tryphonin bei den Worten „a *quocunque* sit heres scriptus" auch an die Erbeinsetzung von Seite des Vaters gedacht, und dass Marcellus die Bedingung: „si filio pater supervixerit" wirklich als die einzige betrachtet hat, unter welcher der von dem Vater eingesetzte castrensische Sklave necessarius heres des Vaters werden könne.

Wenn man aber mit Ausnahme dieses einen Falls den von dem Vater eingesetzten castrensischen Sklaven nicht mehr necessarius heres des Vaters werden liess, so ist daraus ohne weiteres zu schliessen, dass man diesem (sofort wirkende) Rechtshandlungen, welche Eigenthum erfordern, in Ansehung castrensischer Sachen überhaupt nicht mehr gestattete; selbst solche nicht, welche dem Haussohne unter keinen Umständen nachtheilig, sondern bloss vortheilhaft sein konnten, wie z. B. Erwerb von Dienstbarkeiten für castrensische Grundstücke oder Befreiung

castrensischer Sachen von einem Niessbrauch oder andern Dienstbarkeiten. (S. 107.) Zwar besitzen wir hiefür kein äusseres Zeugniss, und die L. 18 §. 3 D. h. t. sagt sogar ausdrücklich das Gegentheil. Allein mit dieser Stelle verhält es sich nicht anders als mit dem oben besprochenen princ. der L. 18. Zugleich aber liegt in ihrer Aufnahme in die Digesten die genugsame Erklärung, weshalb man entgegengesetzte Aussprüche jüngerer Juristen wegliess. Zum Ueberfluss achte man noch auf folgendes. Die vorhin beispielshalber genannten und in der L. 18 §. 3 cit. erwähnten Rechtsacte bedurften regelmässig der Form einer in iure cessio. Nun wird aber von den spätern klassischen Juristen das Eigenthum der castrensischen Sachen so entschieden dem Sohne zu- und dem Vater abgesprochen, dass gewiss nicht zu glauben ist, man habe in Betreff derselben dem Vater eine, wenn auch immerhin nur scheinbare, vindicatio verstattet.

4) Ist jemand collationspflichtig, so braucht er das castrense peculium eines in seiner Gewalt befindlichen noch lebenden Sohnes nicht mit zu conferieren, eben weil es ein ihm ganz fremdes eigenes Vermögen des Sohnes ist.[6]

5) Ein recht sprechender Beweis, wie wenig man dem Vater irgend ein Recht an dem castrense peculium beimaass, liegt endlich in folgendem. Nach der bekannten Vorschrift des SC. Libonianum ist alles, was jemand in dem Testament eines andern unmittelbar oder auch bloss mittelbar zu seinem Vortheil schreibt, nichtig, und der Schreiber setzt sich sogar der Strafe des falsum aus. Insbesondere gilt dieses auch von demjenigen, was jemand zu Gunsten einer in seiner Gewalt befindlichen Person geschrieben.[7] Und zwar wurde es bei der Anwendung dieser Vorschriften strenge genug genommen.[8] Wäre also das castrense peculium noch in irgend einem, wenn auch dem aller-

---

6) L. 1 §. 22 D. de collat. 37, 6 (Ulp.).

7) Vgl. L. 14 pr., L. 22 §. 1, 5 D. de L. Corn. de falsis 48, 10. Vangerow, Lehrb. der Pand. II. §. 433 Anm. 2 (7. Aufl. S. 102 ff.)

8) Vgl. z. B. L. 5 D. de his quae pro non script. 34, 8 und L. 14 §. 2 in f. D. de L. Corn. de fals. 48, 10; L. 6 §. 3, L. 17, 22 §. 6 D. eod. 48, 10 u. a.

geringsten Maasse als ein dem Vater zugehöriges Vermögen betrachtet worden, so müsste man erwarten, dass jene Vorschriften auch dann Anwendung erhalten hätten, wenn der Vater seinem Haussohn in dem Testament eines Dritten, etwa eines Kriegskameraden, etwas zugeschrieben, was in das castrense peculium fällt. Allein wir finden gerade die entgegengesetzte Entscheidung, und zwar noch dazu mit ausdrücklicher Berufung auf den Grund: „weil hier das zugeschriebene dem Vater nicht erworben werde".

L. 11 pr. D. de L. Corn. de fals. 48, 10 (Marcian. lib. I. de iudic. publ.): Si pater filio suo militi, quem habet in potestate, testamento commilitonis aliquid adscripserit, quem commilitonem in militia novit, *quia patri non acquiritur*, extra poenam est.[9]

Das Ergebniss ist also, dass der Vater wirklich bei Lebzeiten des Sohnes dem castrense peculium des letztern juristisch ganz fremd gegenübersteht. Und eine Bestätigung liegt auch noch in zwei Stellen, welche freilich von Retes gerade umgekehrt zum Beweis angeführt werden, dass der Vater auch schon während des Lebens des Sohnes Eigner des castrense peculium und Eigenthümer der einzelnen dazu gehörigen Sachen sei, und dass dieses Eigenthum sogar jetzt schon gewisse Wirkungen äussere.[10]

Die eine bezieht sich auf das SC. Silanianum, wonach bei gewaltsamem Tode des Testators das Testament nicht eröffnet werden durfte, bevor nicht die zu dem Hausstande gehörigen Sklaven zur peinlichen Untersuchung gezogen worden waren.[11] Sie lautet so:

---

9) Dass im übrigen die Vorschrift des SC. Libonianum auch auf Testamente von Soldaten angewendet wurde, erhellt aus L. 1 §. 7 D. eod. 48, 10; L. 5 D. de his quae pro non script. 34, 8; L. 15 §. 3 D. de test. mil. 29, 1; L. 5 C. de his qui sibi adscrib. 9, 23.

10) S. Retes cap. VI. §. 10 und 11 (p. 258 sq.). Eine dritte von ihm angezogene Stelle, die L. 3 C. de bon. prosc. 9, 49, wird unten besprochen werden. (§. 36.)

11) Vgl. tit. D. de SC. Silan. 29, 5, besonders L. 1 §. 26 sqq. ibid.

L. 1 §. 14 D. de SC. Silan. 29, 5 (Ulp. lib. L. ad Edict.): Si pater necatus sit, an de servis *filii* quaestio habeatur, si forte *castrensi peculio* servos habuit? Et magis est, quaestionem de servis *filii* habendam, suppliciumque sumendum, *licet non sit in potestate filius.*

Nicht allein werden hier die castrensischen Sklaven servi *filii* genannt, sondern sie werden auch mit den Sklaven eines emancipierten Sohnes auf ganz gleiche Stufe gestellt. Zudem geht aus der L. 1 §. 8, 15, 16 D. eod. und aus unserer Stelle selbst deutlich hervor, wenn es sich nicht schon aus dem Zwecke der ganzen Verordnung sattsam ergäbe, dass nicht bloss diejenigen Sklaven peinlich verhört werden, welche im Eigenthum des ermordeten gestanden, sondern alle, welche mit ihm dem gleichen Hausstande angehört. Retes selbst muss dieses einräumen und weiss dagegen nichts vorzubringen, als dass doch wenigstens keine andere Erklärung „eine so juristische" sei, als die seine. (?)

Aehnlich verhält es sich mit der zweiten Stelle. Sklaven dürfen gegen ihren Herrn nicht als Zeugen gebraucht werden.[12] Nun heisst es in der L. 10 §. 2 D. de quaest. 48, 18:

Arcadius Charisius lib. sing. de test.: Potest quaeri, an de servis *filii* castrensis peculii in caput patris quaestio haberi non possit; nam *patris non debere torqueri in filium*, constitutum est. Et puto recte dici, nec *filii* servos in caput patris esse interrogandos.

Daraus soll nach Retes wiederum hervorgehen, dass der Vater der Eigenthümer der castrensischen Sklaven sei. Allein wer sieht nicht, dass die Stelle vielmehr gerade das Gegentheil sagt? Denn Charisius bezeichnet ja die castrensischen Sklaven sehr bestimmt als Sklaven des Sohnes, und zwar in scharf hervorgehobenem Gegensatze zu den Sklaven des Vaters. Auch würde er doch sicherlich seine Entscheidung ganz anders begründet haben, gesetzt dass er wirklich das Eigenthum der castrensischen Sklaven dem Vater zugeschrieben hätte. Endlich erhellt aus der Stelle zu genugsamer Klarheit, dass es auch bei dieser

---

12) S. z. B. L. 1 §. 5—16, L. 2, 3, 9 §. 1, L. 18 §. 5—8 D. de quaest. 48, 18; L. 1 C. eod. 9, 41 u. a.

Frage keineswegs streng auf das Eigenthum ankommt, wofür zum Ueberflusse noch die L. 1 §. 8 D. eod. und die L. 2, 6 C. eod. 9, 41 als weitere Belege genannt werden mögen.

Kurz überall bewährt sich der Grundsatz, dass während der Dauer der väterlichen Gewalt das castrense peculium durchaus als ein eigenes, von dem Gewalthaber völlig unabhängiges Vermögen des Haussohnes gilt.

Wir müssen nunmehr das Verhalten dieses Vermögens unter einer zweiten Voraussetzung betrachten, nämlich

II. Nach Aufhebung der väterlichen Gewalt bei Lebzeiten des Sohnes.

§. 27.

Tritt der Sohn während seines Lebens und ohne durch schlechtes Benehmen seine günstige Stellung zu dem castrense peculium verwirkt zu haben, aus dem bisherigen Gewaltverhältnisse heraus, so behält er das castrense peculium nach wie vor als eigenes Vermögen. Und zwar behält er es unverändert in der Eigenschaft eines castrense peculium, wenn er ungeachtet des Austrittes aus dem bisherigen Gewaltverhältnisse nicht gewaltfrei geworden ist. Ist er dagegen gewaltfrei geworden, so kann natürlich von dem Begriff und Namen eines castrense peculium für einen genauen Sprachgebrauch fernerhin nicht mehr die Rede sein.[1]

Im übrigen sind zweierlei Fälle zu unterscheiden: der Fall, wenn die Aufhebung des Gewaltverhältnisses ohne eine capitis deminutio des Sohnes geschieht, und der andere, wenn sie mit einer solchen capitis deminutio verbunden ist.

---

1) Vgl. L. 37 §. 2 C. de inoff. test. 3, 28, wo Justinian nicht bloss bemerkt, dass mit dem Beginne der Gewaltfreiheit des bisherigen Haussohns „nomen peculii" aufhöre, sondern daran auch eine praktische Folge knüpft. (S. §. 33.) Uebrigens haben die römischen Juristen hier schwerlich einen sehr strengen Sprachgebrauch eingehalten; werden doch sogar die dem castrense peculium eines Haussohnes entsprechenden Erwerbungen eines emancipierten Sohnes geradezu castrense peculium genannt. Vgl. Paul. V, 9 §. 4; fragm. de iure fisci §. 10. Und unmittelbar vor jener Bemerkung bedient sich Justinian selbst in dem §. 1 der L. 37 C. cit. einer ähnlichen freiern Sprechweise. Vgl. §. 2 Anm. 10.

1) Die Beendigung des bisherigen Gewaltverhältnisses erfolgt ohne eine capitis deminutio des Sohnes, also namentlich durch den Tod des Gewalthabers.

Dieses lässt sich wiederum zuvörderst so denken, dass der Sohn gleichwohl noch Hauskind bleibt, als z. B. durch den Tod seines Grossvaters in die Gewalt seines Vaters kommt. Für diese Voraussetzung haben wir in den Quellen, so viel ich sehe, keine ausdrückliche Entscheidung. Wir bedürfen ihrer aber auch nicht; denn es ist völlig einleuchtend und zweifellos, dass solchen Falles in Ansehung des castrense peculium gar keine Veränderung vor sich geht.

Um so öfter finden wir die andere Voraussetzung berührt, dass der Sohn durch den Tod seines Gewalthabers gewaltfrei geworden ist. Das castrense peculium fällt dann nicht etwa, gleich einem gewöhnlichen peculium, in die Erbschaft des Gewalthabers, sondern es verbleibt dem Sohn als eigenes Vermögen, und er braucht es nicht einmal seinen Geschwistern, wenn er neben ihnen den Gewalthaber, sei es testamentarisch oder ab intestato beerbt, zu conferieren. Vielmehr behält er sein castrense peculium unter allen Umständen, wie die Quellen sich ausdrücken, als praecipuum.

L. 1 §. 15 D. de coll. 37, 6 (Ulp. lib. XL. ad Edict.): Nec castrense nec quasi castrense peculium fratribus confertur; hoc enim praecipuum esse oportere, multis constitutionibus continetur.

L. 4 pr. D. h. t. 49, 17 (Tertull. lib. sing. de cast. pec.): Miles praecipua habere debet, quae tulit secum in castra concedente patre.

L. 23 §. 2 in fine D. de fid. lib. 40, 5 (Papin. lib. IX. Resp.) verb.: peculium castrense filius etiam inter legitimos heredes praecipuum retinet.

Eine grosse Anzahl weiterer Belegstellen werde ich in der Anmerkung nennen.[2]

---

2) L. 52 §. 8 D. pro socio 17, 2 (Papin. et Ulp.); L. 54 D. ad SC. Treb. 36, 1 (Papin.); L. 4 C. fam. erc. 3, 36 (Alexander); L. 12 C. de collat. 6, 20 (Diocl. et Maxim.); L. 21 C. eod. (Iustinian.); pr. I. quib.

Diese häufige Erwähnung darf auch gar nicht überraschen. Denn aus dem praktischen Standpunkte betrachtet, war unter allen Rechten, welche dem Haussohn in Betreff des castrense peculium zukamen, dieses für ihn weitaus das werthvollste und wichtigste. Wichtiger sogar, als die Befugniss der eigenen freien Verfügung unter Lebenden, zumal da er diese durch Einräumung eines gewöhnlichen Peculiums mit freier Verwaltungsbefugniss im Grunde in nicht viel geringerm Umfang erlangte. Jedenfalls aber in gar keinem Vergleiche wichtiger, als die Testierfähigkeit, welche ja andern weit mehr, als ihm selber, zu gute kam. Kein Wunder daher, dass man in späterer Zeit gerade in diesem Recht, und nicht in der Testierfähigkeit, ja selbst nicht einmal in der freien Verfügungsbefugniss unter Lebenden, den Schwerpunkt des ganzen Verhältnisses, den wesentlichsten und eigentlich kennzeichnenden Unterschied des castrense peculium von einem gewöhnlichen peculium erblickte. Ich erwähne dieses Umstandes gleich hier, um den Leser ganz besonders auf ihn aufmerksam zu machen, weil er in der Geschichte des vermögensrechtlichen Einflusses der väterlichen Gewalt eine höchst bedeutende, aber bisher noch völlig unbeachtete Rolle gespielt hat.[3]

---

non est perm. 2, 12; Theophil. ad h. l. Vgl. dazu noch L. 6 Th. C. de postul. 2, 10 • L. 4 C. de advoc. div. iudicior. 2, 7 (Honor. et Theodos.); L. 34 C. de episc. 1, 3 (Leo et Anthem.); L. 5 pr. C. de silentiar. 12, 16 (Anastas.). S. auch cit. L. 23 §. 2 D. de fid. lib. verb. „a fratre *domino*"; L. 9 med. D. h. t. 49, 17 (Ulp.); L. 19 §. 3 D. eod. (Tryphon.); L. 42 §. 3 D. de acq. her. 29, 2 (Ulp.), worüber Retes cap. III. §. 7 (p. 248).

3) Ganz besonders lässt sich die gedachte Vorstellung beobachten an den Gesetzen, welche gewissen einzelnen Personen ein quasi castrense peculium verleihen; und eine solche Verleihung hatte in der Regel vornehmlich den Zweck, jenen Personen neben der eigenen freien Verwaltung und Verfügung unter Lebenden das fragliche Vermögen bei dem Tod ihres Gewalthabers als praecipuum zu verschaffen. Auch ist es ja bekannt und erhellt aus der L. 37 pr. C. de inoff. test. 3, 28, dass vor diesem Gesetze Justinian's nicht nothwendig mit jedem quasi castrense peculium auch die Testierfähigkeit sich verband, oder dass sie mindestens für viele Fälle eines quasi castrense peculium bestritten war: der beste Beweis, dass man die Testierfähigkeit längst nicht mehr für das hauptsächlichste und oberste Merkmal in dem Begriffe des castrense peculium ansah. Als Belege des

Uebrigens versteht es sich von selbst, dass auch der emancipierte Sohn von der Collation derjenigen Güter frei sein musste, welche, gesetzt dass er Haussohn geblieben, castrense peculium geworden wären.[4]

2) Das bisherige Gewaltverhältniss wird durch datio in adoptionem oder Emancipation, also mittels einer capitis deminutio minima des Haussohnes aufgehoben.

Auch dann bleibt das castrense peculium ein eigenes Vermögen des Sohnes, nur mit dem Unterschiede, dass es ihm bei der Adoption in der Eigenschaft eines castrense peculium, bei der Emancipation als gewöhnliches eigenes Vermögen eines paterfamilias verbleibt.[5]

---

gesagten erwähne ich folgende Stellen: L. 15 Th. C. de privil. eor. qui in sacro pal. 6, 35 = L. un. C. de castr. omn. palat. pec. 12, 31 (Constantin.); L. 2 Th. C. de assessor. 1, 35 = L. 7 C. de assessor. 1, 51 und L. 6 Th. C. de postul. 2, 10 = L. 4 C. de advoc. div. iudicior. 2, 7 (Honor. et Theodos.); L. 8 C. eod. (Theodos. et Valent.); Nov. Valentin. III. tit. II. L. 2 §. 4; L. 34 C. de episc. 1, 3 (Leo et Anthem.); L. 5 pr. C. de silentiar. 12, 16 (Anastas.). Vgl. auch Jac. Gothofredus ad L. 3 Th. C. de postul. 2, 10 s. fin.

4) L. 54 D. ad SC. Treb. 36, 1 (Papin.); L. 52 §. 8 D. pro socio 17, 2 (Papin. et Ulp.); Paul. V, 9 §. 4; fragm. de iure fisci §. 10. Vgl. Fein, Das Recht der Collation S. 61. Fein a. a. O. Anm. 129 will auch die auf S. 185 abgedruckte L. 1 §. 15 D. de collat. nur von dem peculium castrense eines Emancipierten verstehen; schwerlich mit Recht. Vgl. oben §. 18 Anm. 7. — Im Hinblick auf den im Text ausgesprochenen Satz kann sich bei der Berechnung des von einem Emancipierten zu conferierenden Vermögens eine Schwierigkeit ergeben, falls er castrensische Güter, daneben aber Schulden hat. S. darüber L. 54 D. cit., womit auch L. 25 §. 16 D. de H. P. 5, 3 und L. 3 §. 2 D. de usur. 22, 1 zu vergleichen, und Fein S. 62. Bei einem Haussohn kann diese Schwierigkeit nicht vorkommen, wenn er auch neben dem castrense peculium noch ein gewöhnliches peculium haben sollte, da letzteres für castrensische Schulden überhaupt nicht zu haften braucht. (§. 23 Nr. 4.)

5) L. 12 D. h. t. 49, 17 (Papin.) verbunden mit L. 4 §. 2 D. eod. (Tertull.). S. ferner L. 6 §. 13 D. de iniusto, rupto 28, 3 (Ulp.), L. 22 D. de test. mil. 29, 1 (Marcian.) vgl. L. 23 D. eod. (Tertull.); L. 1 §. 8 D. de B. P. s. t. 37, 11 (Ulp.); §. 5 I. de milit. test. 2, 11. Aus einem Zusammenhalte dieser Stellen gehen die im Text ausgesprochenen Sätze mit voller Sicherheit hervor. — Von dem castrense und quasi castrense

Ob aber die capitis deminutio nicht sonst, in Aufhebung eines dem Haussohne zustehenden und zu dem castrense peculium gehörigen Niessbrauches, oder eines von ihm über dieses Vermögen errichteten Testamentes u. dgl., die gewöhnlichen Wirkungen äussere, oder ob sie nicht vielmehr auf das castrense peculium und was immer damit zusammenhänge, ohne allen und jeden Einfluss sei: darüber bestand unter den römischen Juristen Streit und Meinungsverschiedenheit. Sehr deutlich lässt sich dieses erkennen aus den schon in der letzten Anmerkung angeführten, unten (S. 194 ff.) näher zu besprechenden Stellen, welche von dem Schicksal eines vor der capitis deminutio von dem Haussohne gemachten Testamentes handeln. Denn während in der L. 22 D. de test. mil. 29, 1 Marcian das von einem Haussohn und Soldaten errichtete Testament durch die capitis deminutio minima offenbar untergehen und nur, falls der Testator auch jetzt noch Soldat ist, als neues Testament („quasi ex nova voluntate") wieder in das Leben treten lässt, erklärt Ulpian in der L. 6 §. 13 D. de iniusto, rupto 28, 3, dass auch das Testament eines filiusfamilias veteranus ungeachtet seiner Emancipation in Geltung bleibe, dass also überhaupt das Testament eines Haussohnes über sein castrense peculium durch eine capitis deminutio minima gar nicht berührt werde.

Ferner ist aus einer Aeusserung Justinian's in der L. 16 §. 2 C. de usufr. 3, 33 zu entnehmen, dass es eine Ansicht gab, wonach die capitis deminutio eines Haussohnes den Untergang eines ihm als Stück seines castrense peculium gehörigen Niessbrauches nach sich zog.[6]

Dieser Streit muss sehr erklärlich erscheinen. Denn von der einen Seite liess sich sagen: wenn der einem paterfamilias

---

peculium durfte der Vater bei der Emancipation des Sohnes auch nicht einmal etwas als praemium emancipationis abziehen oder nach Justinianischem Rechte zu Niessbrauch zurückhalten: L. 6 §. 3 C. de bon. quae lib. 6, 61 (Iustinian.).

6) Savigny, Syst. II. S. 80 will sogar aus der Stelle folgern, dass vor Justinian der Niessbrauch, den ein Haussohn als Stück seines castrense peculium erworben, durch capitis deminutio minima allemal erloschen sei. S. dagegen Scheurl, Beiträge zur Bearbeitung des röm. R. I. S. 254.

zustehende Niessbrauch und das von einem paterfamilias errichtete Testament durch capitis deminutio minima aufgehoben werde, so müsse das nämliche auch von einem filiusfamilias in Ansehung seines castrense peculium gelten. Denn den letztern dürfe man doch in Betreff dieses Vermögens einem paterfamilias höchstens gleich stellen, nicht aber ihn gar noch günstiger behandeln. Dagegen konnte man aber von der andern Seite folgendes erwidern. Jene Wirkungen seien nicht sowohl Folgen der capitis deminutio selbst, als vielmehr der damit in der Regel verbundenen wichtigen Veränderungen in dem ganzen Vermögensstande. Die capitis deminutio minima eines paterfamilias ziehe regelmässig den Uebergang seines ganzen activen Vermögens auf den neuen Gewalthaber nach sich. Daraus, und nicht etwa aus der durch die capitis deminutio bewirkten Aenderung in dem persönlichen Stande, ergebe sich mit Nothwendigkeit, dass derjenige, welcher nunmehr jedes eigene Vermögen eingebüsst, auch kein gültiges Testament behalten könne. Ferner hänge aber damit auch der Untergang eines Niessbrauches oder Usus zusammen. Denn wollte man solche persönliche Dienstbarkeiten fortbestehen und sie folglich ebenfalls auf den neuen Gewalthaber übergehen lassen, so könnte, weil sich nach der Person des Inhabers die Dauer dieser Rechtsverhältnisse richte, der Eigenthümer der Sache durch einen ihm ganz fremden, von seinem Willen unabhängigen Vorgang leicht erheblichen Eintrag erleiden.[7] In Rücksicht des castrense peculium treffe dieses alles nicht zu, da es trotz jeder capitis deminutio minima dem Sohn unverändert als eigenes Vermögen verbleibe. Es sei daher

7) Allerdings zeigen fr. Vat. §. 57, L. 5 §. 1, L. 18 D. quib. mod. ususfr. 7, 4, L. 15, 17 C. de usufr. 3, 33, dass unter den klassischen Juristen eine Ansicht bestand, wonach ein durch Vermittelung eines Sklaven erworbener Niessbrauch durch Tod, Veräusserung oder Freilassung des Sklaven, ein durch Vermittelung eines Hauskindes erworbener durch Tod oder Emancipation desselben erlöschen sollte. Und darin, könnte man denken, hätte unter allen Umständen für den Eigenthümer der Sache eine genugsame Hülfe gelegen. Allein erstens scheint nach cit. fr. Vat. §. 57 jene Ansicht sich auf die Voraussetzung eines durch Legat bestellten Niessbrauches eingeschränkt zu haben, und zweitens war sie selbst innerhalb dieser Grenze keineswegs allgemein anerkannt. Vgl. L. 17 C. cit.

nur folgerecht, einer solchen capitis deminutio auf das castrense peculium und alle damit zusammenhängende Verhältnisse gar keinen Einfluss zu gewähren.[8]

Justinian hat sich dieser zweiten Ansicht angeschlossen. Denn nicht nur, dass er durch die L. 16 §. 2 C. de usufr. 3, 33 mit ausdrücklicher Hinweisung auf unsern Fall den Untergang des Niessbrauches und des Usus durch capitis deminutio minima überhaupt aufhob,[9] so erhellt auch aus der Zusammenhaltung der verschiedenen das Schicksal des vor der capitis deminutio über das castrense peculium errichteten Testamentes berührenden Stellen: §. 5 I. de test. mil. 2, 11; L. 22 D. eod. 29, 1; L. 6 §. 13 D. de iniusto, rupto 28, 3; L. 1 §. 8 D. de B. P. sec. tab. 37, 11, dass nach der Meinung Justinian's ein solches Testament durch die Adoption oder Emancipation des Haussohns, gleichviel, ob dieser noch Soldat, oder nicht, in keiner Weise betroffen werden soll. Ich werde auf diese Frage sogleich noch eingehender zurückkommen. (S. 194 ff.) Denn die Darstellung ist ohnehin bei der dritten der zu erörternden Voraussetzungen angelangt und muss sich jetzt wenden zu dem Schicksal des castrense peculium

III. Nach dem Tode des Sohnes in der Gewalt mit einem gültigen Testamente.

§. 28.

Das castrense peculium bewährt sich auch darin als ein eigenes Vermögen des Haussohnes, dem er ganz wie ein paterfamilias gegenübersteht, dass er darüber völlig so, wie ein paterfamilias über sein Vermögen, letztwillig verfügen kann. Und schon Ulpian spricht in der L. 6 §. 13 D. de iniusto, rupto 28, 3 die allgemeine Regel aus:

---

8) Etwas anders wird diese Ansicht begründet von Scheurl a. a. O. S. 254 fg.: Der Haussohn sei in Ansehung des castrense peculium bereits als paterfamilias betrachtet worden, und folglich habe im ganzen Bereiche dieser Rechtsverhältnisse die Emancipation überhaupt keine Veränderung hervorbringen können, indem ja der Emancipierte dadurch nur das geworden, als was er in jenem Bereiche schon durchaus gegolten.

9) Wegen des Usus s. §. 1 I. de acq. per arr. 3, 10.

(Filiusfamilias) quantum ad testandum de castrensi peculio, *pro patrefamilias habendus est.*[1]

Diese Testierfähigkeit muss aber vor allen Dingen noch eingehender besprochen werden.

Sie ist zuvörderst von dem Verhältnisse des Sohnes zu dem Vater völlig unabhängig. Der Sohn hat sie natürlich nicht, weil, sondern obgleich er in der Gewalt des Vaters steht. Daraus ergeben sich nicht unwichtige Folgen.

1) Ein Zweifel oder Irrthum des Sohnes, gleichviel, ob noch Soldat, oder schon veteranus, über die Fortdauer der väterlichen Gewalt kann der Gültigkeit seines Testamentes keinen Eintrag thun. Zwar sagt Ulpian in der L. 15 D. qui test. fac. 28, 1:

De statu suo dubitantes vel errantes testamentum facere non possunt, ut Divus Pius rescripsit,

und demnach würde unstreitig unter gewöhnlichen Umständen das Testament eines paterfamilias nichtig sein, falls er sich fälschlich für einen filiusfamilias gehalten oder auch nur über seine Gewaltfreiheit im ungewissen befunden hätte. Allein dieses hängt damit zusammen, dass Hauskinder in der Regel der Testierfähigkeit entbehren. Denn es ist in Wahrheit nicht, wie man nach obiger Stelle zu glauben geneigt sein könnte, der Irrthum über den status, welcher die Ungültigkeit des Testamentes mit sich führt, sondern vielmehr der Irrthum über die gewöhnlich davon abhängige Testierfähigkeit. Demgemäss giebt Ulpian selbst in der L. 1 pr. D. de legat. III. (32) der Regel die folgende genauere Fassung:

nec testari potest, qui, *an liceat sibi testari*, dubitat.[2]

---

1) Natürlich hat aber der Haussohn diese Testierfähigkeit erst, wenn er bereits Soldat ist: L. 43 D. de test. mil. 29, 1 (Papinian. lib. VI. Respons.): Filiusfamilias equestri militia exornatus et in comitatu principum retentus, cingi confestim iussus, testamentum de castrensi peculio facere potest. Ueber die hier erwähnte equestris militia vergleiche man Becker-Marquardt, Handbuch der röm. Alterthümer III. 2. S. 277 fg. Die Stelle gehört zu denen, welche im Mittelalter eine grosse Bedeutung erlangten.

2) Vgl. auch L. 14 D. qui test. fac. 28, 1, wo der erörterte Fall über die wahre Tragweite des an und für sich genommen allerdings auch



Nun kann aber über sein castrense peculium ein Soldat oder Veteran auch als Haussohn testieren, und bei einem Soldaten oder Veteranen ist also ein Irrthum oder Zweifel über seine Gewaltfreiheit nicht zugleich auch ein Zweifel über seine Testierfähigkeit. Folglich kann dadurch die Gültigkeit seines Testamentes nicht berührt werden.

L. 11 §. 1 D. de test. mil. 29, 1 (Ulp. lib. XLV. ad Edict.): Si miles incertus, an sui iuris sit, testamentum fecerit, in ea conditione est testamentum eius, ut valeat; nam et si incertus, an pater suus vivat, testamentum fecerit, testamentum eius valebit.

L. 9 D. de iure codicill. 29, 7 (Marcell. lib. IX. Dig.): Aristo negavit valere codicillos ab eo factos, qui, paterfamilias necne esset, ignorasset. Ulpianus notat: *nisi veteranus fuit*; tunc enim et testamentum valebit.[3]

Ein ganz analoger Fall ist der folgende. Gleichwie zur gültigen Testamentserrichtung die subjective Gewissheit über die Testierfähigkeit erfordert wird, so wird zum wirksamen Erbschaftsantritte ausser der objectiven auch die volle subjective Gewissheit über die geschehene Delation vorausgesetzt.[4] Namentlich muss daher ein Zweifel des eingesetzten Testamentserben, ob der Testator als filiusfamilias oder als paterfamilias, ob er als Sklave oder als Freier gestorben, den Erbschaftsantritt hindern.[5] Allein ein solcher Zweifel über den status des Testators ist doch auch hier nur insofern von Erheblichkeit, als er einen Einfluss auf die Frage haben kann, ob die Delation wirklich geschehen, oder nicht. Bezieht sich also der Zweifel z. B. nur darauf, ob der Testator in feindlicher Gefangenschaft, oder ob er als

---

wieder allgemeiner lautenden Schlusssatzes keinen Zweifel lässt. S. ferner Ulp. XX, 11; L. 6 §. 8 D. de iniusto, rupto 28, 3.

3) Vgl. noch L. 11 §. 2, L. 13 pr., §. 1 D. de test. mil. 29, 1 (Ulp.); L. 19 §. 2 D. h. t. 49, 17 (Tryphonin.).

4) Vgl. Vangerow, Lehrb. der Pand. II. §. 498 (7. Aufl. S. 333 ff.); Arndts, Pand. §. 507; Köppen, System des heut. röm. Erbrechtes §. 9 und 10 (S. 352 ff.).

5) L. 32 §. 2, L. 34 pr. D. de acq. her. 29, 2; L. 2 §. 3 D. unde legit. 38, 7; L. 1 §. 1 D. ad SC. Tertull. 38, 17.

römischer Bürger gestorben sei, so steht er dem Antritte der Erbschaft nicht im Wege, weil unter beiden Voraussetzungen (unter der ersten wegen der fictio legis Corneliae) die Erbschaft gültig deferiert ist.

L. 33 D. de acq. v. om. her. 29, 2 (Paul. lib. XII. ad Plaut.): Quodsi dubitet, apud hostes decessit, an civis Romanus: *quoniam utroque casu est ius adeundi*, et in re est, ut possit adire, dicendum est, posse adire.[6]

2) Wird der Haussohn durch den Tod des Vaters gewaltfrei, so bleibt, als eine weitere Folge der völligen Unabhängigkeit seiner Testierfähigkeit über das castrense peculium von seinem persönlichen Verhältnisse zu dem Vater, sein Testament unverändert in voller Geltung. Und dieser Satz war unter den römischen Juristen unbestritten anerkannt. Wenigstens erklärt Ulpian in der L. 6 §. 13 D. de iniusto, rupto 28, 3:

---

6) Man verbinde damit L. 12 D. qui test. fac. 28, 1, L. 6 §. 12 D. de iniusto, rupto 28, 3 u. a. — Vollkommen richtig und unter Benutzung der im Text angegebenen Analogie wird die Sache schon dargestellt von Retes cap. V. §. 1 (p. 253 sq.). Nicht selten will man aber aus der L. 11 §. 1 D. de test. mil. 29, 1 ein besonderes Privilegium der Soldaten herleiten, wonach bei ihnen ein Zweifel über die Testierfähigkeit, sofern diese nur wirklich vorhanden, nichts schaden solle. So z. B. Glück, Commentar XXXIII. S. 348; Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Commentar XLII. S. 39 fg.; Göschen, Vorles. §. 897; Keller, Pand. §. 499; Puchta, Pand. §. 462; Arndts, Pand. §. 484. Hiegegen ist zu erinnern: erstens dass die L. 11 §. 1 cit. von einem Zweifel über die Testierfähigkeit gar nicht redet, da bei einem Soldaten ein Zweifel, ob er Haussohn oder gewaltfrei, eben kein Zweifel über die Testierfähigkeit ist; zweitens aber, dass die in der L. 11 §. 1 cit. in Ansehung des miles gegebene Entscheidung in der L. 9 D. de iure codicill. 29, 7 auch für den veteranus gegeben wird, bei dem doch besondere Testierprivilegien nicht gelten. Vgl. besonders Fein, Fortsetzung von Glück's Commentar XLIV. (Das Recht der Codicille) S. 34 ff.; Vangerow, Lehrb. der Pand. II. 6. u. 7. Aufl. §. 428 a. E. (7. Aufl. S. 76). Unter den Juristen des Mittelalters scheint die richtige Ansicht die allgemein angenommene gewesen zu sein laut folgender Bemerkung des Baldus zu L. 11 §. 1 cit.: Moderni dicunt, quod, si est incertus, an sit filiusfamilias vel paterfamilias, miles potest testari, quia, quomodocunque se habet, permittitur sibi testari. Secus, si miles sit incertus, an sit sui iuris vel servus (puta est incertus, an sit captus ab

Filiifamilias veterani sui iuris morte patris facti testamentum irritum non fieri *constat.*[7]

Wie aber, wenn der Sohn durch Emancipation gewaltfrei wurde oder, auch ohne gewaltfrei zu werden, durch datio in adoptionem eine capitis deminutio minima erlitt? Das veränderte persönliche Verhältniss zu dem Vater konnte an und für sich natürlich auf das Testament des Sohnes keinen nachtheiligen Einfluss üben. Allein zu dieser Veränderung kam hier eine capitis deminutio, also ein selbständiger Aufhebungsgrund eines Testamentes hinzu. Sollte man auch diesem ausnahmsweise die Wirkung verweigern, da in Beziehung auf das castrense peculium die capitis deminutio eben so wenig, als der Tod des Gewalthabers, an der Stellung des Haussohnes etwas änderte, dieser vielmehr das castrense peculium nach wie vor als eigenes Vermögen und gleich einem paterfamilias behielt? Oder aber musste man trotzdem das Testament zusammenfallen lassen, um einen Haussohn in Ansehung des castrense peculium nicht gar noch besser und günstiger, als einen paterfamilias, zu behandeln?

Die Frage war, wie ich schon oben (S. 188) erwähnt, eine Streitfrage der römischen Juristen. Ulpian spricht sich mit grosser Entschiedenheit für den fortdauernden Rechtsbestand des Testamentes aus, und zwar indem er ganz und gar die angedeutete Schlussfolgerung anwendet. Er begründet nämlich seinen vorhin mitgetheilten Ausspruch in der L. 6 §. 13 cit. durch die Bemerkung:

nam quantum ad testandum de castrensi peculio pro patrefamilias habendus est

und knüpft daran als eine einfache weitere Folge den Satz:

Et *ideo* nec emancipatione irritum fieri militis vel veterani testamentum, verum est.

---

hostibus vel a latronibus), quia tunc non potest testari secundum Ia. de Ra. (= Iacobum de Ravanis), Pet. (= Petrum de Bellapertica) et Cy. (= Cynum).

7) Vgl. noch L. 1 §. 8 D. de B. P. s. t. 37, 11 (Ulp.), L. 19 §. 2 D. h. t. 49, 17 (Tryphonin.). Auch die in §. 31 anzuführenden Stellen setzen voraus, dass durch den Tod des Vaters und Gewalthabers an sich der Fortbestand des Testamentes nicht beeinträchtigt wird.

In gleichem Sinne schreibt er in der L. 1 §. 8 D. de B. P. sec. tab. 37, 11:

> Sed si filiusfamilias veteranus de castrensi faciat, deinde emancipatus vel alias paterfamilias factus decedat, potest eius bonorum possessio peti.

Auf der Gegenseite stand namentlich Marcian zufolge seiner Erklärung in der L. 22 D. de test. mil. 29, 1 aus dem lib. IV. Institutionum:

> Miles filiusfamilias, si capite minutus fuerit, vel emancipatus vel in adoptionem datus a patre suo: testamentum eius valet quasi ex nova voluntate,

eine Stelle, womit sogleich folgende andere aus Tertullian's lib. sing. de castrensi peculio, die L. 23 D. eod., zu verbinden ist:

> Idem et si paterfamilias miles de castrensibus rebus duntaxat testatus arrogandum se dederit. *Si vero missus iam hoc fecerat, non valet testamentum.*

Die letzte Stelle handelt freilich nicht ganz von dem nämlichen Fall, wie die vorige. Sie geht nämlich davon aus, dass ein paterfamilias als Soldat, wie er es als solcher kann, bloss über seine castrensia bona, d. i. die dem castrense peculium eines filiusfamilias miles entsprechenden Erwerbungen, testiert hat, und dass er dann durch Arrogation eine capitis deminutio erfährt. Allein wir dürfen sicherlich annehmen, dass die römischen Juristen diesen Fall ganz gleichermaassen entschieden haben, wie denjenigen, welcher uns zunächst beschäftigt. Denn die Sachlage war ja völlig dieselbe. Der paterfamilias, welcher sich arrogieren liess, behielt seine castrensischen Güter als castrense peculium. (§. 12.) Auf sie und seine juristische Stellung zu ihnen hatte sonach die capitis deminutio eben so wenig einen störenden Einfluss, als auf diejenige eines emancipierten oder in Adoption gegebenen Haussohns zu seinem castrense peculium.

Dieses festgehalten, erhellt nun leicht der Standpunkt, welchen Marcian und Tertullian zu unserer Frage einnahmen. Das Testament, sagten sie, wird durch die capitis deminutio jedenfalls aufgehoben. Allein Testamente von Soldaten bedürfen keiner Form. Es kommt bei ihnen alles nur auf die Frage

nach der Willensmeinung des Testators an. Ist daher der Testator zur Zeit der capitis deminutio noch Soldat, so kann man annehmen, er habe sein früheres Testament sofort stillschweigend wieder errichtet, und kann ihm auf diesem Wege eine neue Geltung verschaffen. War er aber freilich zu dieser Zeit schon vom Kriegsdienste entlassen, so versagt dieses Hülfsmittel, und es bleibt also nichts anderes übrig, als das Testament für ungültig zu erklären.[8]

In das Corpus iuris sind die sämmtlichen genannten Stellen: die L. 6 §. 13 D. de iniusto, rupto 28, 3 und die L. 1 §. 8 D. de B. P. sec. tab. 37, 11 einerseits, aber auch die LL. 22, 23 D. de test. mil. 29, 1 andererseits aufgenommen. Daneben findet sich in dem §. 5 I. de mil. test. 2, 11 noch folgender Ausspruch:

> Denique et si in arrogationem datus fuerit miles, vel filiusfamilias emancipatus est, testamentum eius quasi militis ex nova voluntate valet, nec videtur capitis deminutione irritum fieri.

Unter diesen Umständen könnte man geneigt sein, es für sehr zweifelhaft zu halten, was in Ansehung unserer Frage als geltendes Justinianisches Recht anzuerkennen sei. Geht man indessen bei der Auslegung der Justinianischen Rechtsbücher von den Grundsätzen aus, welche ich im 48. Bande des Archives für die civilistische Praxis S. 311 ff. aufgestellt, und zu welchen

8) Vgl. L. 9 §. 1, L. 15 §. 1, 2, L. 20 §. 1, L. 25, 33 pr., §. 2, L. 38 §. 1 D. de test. mil. 29, 1; §. 4 I. de mil. test. 2, 11 u. a. S. auch Theophil. ad §. 4 I. cit. — Man hat zahlreiche Versuche gemacht, die citt. LL. 22, 23 D. de test. mil. mit der cit. L. 6 §. 13 D. de iniusto, rupto und der cit. L. 1 §. 8 D. de B. P. sec. tab. 37, 11 und alle diese Stellen endlich mit dem sogleich näher zu berührenden §. 5 I. de mil. test. 2, 11 zu vereinigen. S. darüber Retes cap. V. §. 2—11 (p. 254 sqq.). Sehr wenig befriedigend ist die Erklärung von Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Comm. XLII. S. 127 ff.; besser diejenige von Göschen, Vorles. §. 900. Schrader zu §. 5 I. de mil. test. 2, 11 und auch schon Vinnius ibid. sind geneigt, statt eines Streites der römischen Juristen vielmehr eine geschichtliche Entwickelung anzunehmen. Ursprünglich habe man wohl das Testament eines Haussohnes durch capitis deminutio minima ungültig werden lassen; dann scheine man aber zuerst bei filiifamilias milites, nachher auch bei veterani davon abgegangen zu sein. Da Marcian jünger ist als Ulpian, so kann man dem schwerlich zustimmen.

inzwischen bereits Alfred Pernice in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft X. S. 72 seine Zustimmung ausgesprochen: so löst sich die Schwierigkeit auf die leichteste Weise. Ich habe dort gesagt und nachzuweisen gesucht, dass man, um die in jene Rechtsbücher aufgenommenen Stellen im Sinn und nach der Meinung Justinian's anzuwenden, sich in erster Reihe nicht an die darin angegebenen Entscheidungsgründe, sondern bloss an das unmittelbare praktische Ergebniss halten dürfe. Verfährt man nach dieser Regel in unserm Fall, so wird unschwer erkenntlich, dass ein eigentlicher Widerspruch zwischen den verschiedenen Stellen gar nicht besteht.

In der L. 22 D. de test. mil., der L. 6 §. 13 D. de iniusto, rupto und dem §. 5 I. cit. wird übereinstimmend gesagt, dass das Testament eines filiusfamilias miles trotz einer spätern capitis deminutio minima gültig sei. In der L. 6 §. 13 D. cit. und der L. 1 §. 8 D. de B. P. sec. tab. wird das nämliche auch von dem Testament eines filiusfamilias veteranus ausgesprochen. Ferner erklären die L. 23 D. de test. mil. und der §. 5 I. cit. ganz übereinstimmend, dass das Testament eines paterfamilias miles gelte, obwohl er sich später, jedoch noch als Soldat, in Arrogation gegeben. Hat er sich dagegen erst als veteranus arrogieren lassen, so soll sein Testament zufolge der L. 23 D. cit. die Gültigkeit verlieren.

Wo wäre hier irgend ein Widerspruch? Mit den verschiedenen Entscheidungsgründen, welche in den verschiedenen Stellen auftreten, mag im Sinne Justinian's wer auf diesen untergeordneten Punkt ein Gewicht legen sollte, sich abfinden so gut es eben gehen will. Er mag sie, wie es der §. 5 I. cit. andeutet und selber thut, etwa geradezu combinieren.[9]

---

9) Zum Beweise, wie sehr es im Sinne Justinian's richtig und geboten ist, bei der Auslegung der einzelnen Stellen als Stücken des Corpus iuris das entscheidende Gewicht nur in den unmittelbar praktischen Theil der Entscheidung, nicht in die vorfindlichen Entscheidungsgründe des ursprünglichen Urhebers zu setzen, ist der §. 5 I. cit. vielleicht eine der interessantesten und lehrreichsten Stellen. Denn er combiniert mit der grössten Unbefangenheit zwei Entscheidungsgründe, die einander geradezu widersprechen. Wenn das Testament bloss „quasi ex nova volun-

Den eigentlichen Gesichtspunkt, von welchem die Verfasser der Justinianischen Rechtsbücher bei dieser Frage ausgiengen, hat uns aber glücklicher Weise Theophilus aufgehoben. Er sagt nämlich zu §. 5 cit. unter anderm folgendes:

ἐπείτοιγε, ὡς προϊόντες μαθησόμεθα, ἡ τοῦ τεστάτωρος κάπιτις διμινουτίων ἀνατρέπει τὴν διαθήκην· ἐνταῦθα δὲ οὐ παραφυλάττεται ταῦτα, ἄτοπον γάρ, τὴν μὴ κατὰ νόμους γενομένην διαθήκην, ἰσχύουσαν δὲ, ταύτην ὑπὸ τῶν πολιτικῶν ἀναιρεῖσθαι κανόνων.

Das ist nach der Uebersetzung von Reitz:

namque, ut inferius discemus, capitis deminutio testatoris subvertit testamentum; hic autem haec non observantur, absurdum enim foret, testamentum non secundum leges quidem factum, sed ratum tamen, per regulas iuris civilis subverti.

Also ein Testament, dessen gültige Errichtung sich nicht nach den gewöhnlichen Rechtsregeln bemisst, kann auch in Rücksicht der Aufhebung nicht unter diesen gewöhnlichen Regeln stehen. Namentlich kann ein vermöge besonderer Privilegien errichtetes Testament nicht ungültig werden durch eine capitis deminutio minima des Testators, wenn diese zu einer Zeit sich

---

tate militis" gilt, so folgt daraus, dass es allerdings durch die capitis deminutio ungültig geworden. Ist es aber durch die capitis deminutio in der That nicht irritum geworden, so braucht es nicht erst einer nova voluntas, um zu gelten. Dieses ist so handgreiflich, dass es den Verfassern der Institutionen unmöglich entgangen sein kann. Wenn sie dennoch die beiden Gründe combinieren, so beweisen sie eben damit, wie sehr man bei der Abfassung der Justinianischen Rechtsbücher die theoretische Begründung der einzelnen Sätze für eine blosse, ziemlich gleichgültige Nebensache hielt. Nicht verwunderlich auf einem Standpunkte, aus welchem die wissenschaftliche Bearbeitung des Rechtes als schädlich erschien und geradezu bei Strafe der Fälschung verboten wurde. Täusche ich mich aber nicht, so hat jenes Verfahren der Institutionenverfasser in dem §. 5 cit. auch noch eine ganz bestimmte Bedeutung. Der erste Entscheidungsgrund ist unverkennbar im Hinblick auf die LL. 22, 23 D. de test. mil., der zweite unzweifelhaft in Rücksicht auf die L. 6 §. 13 D. de iniusto, rupto in die Stelle hereingesetzt. Man wollte also gleich den Anfänger auf diese verschiedenen Digestenstellen vorbereiten und ihm einen Wink geben, sich nicht durch die verschiedenartigen Entscheidungsgründe verleiten zu lassen, die Stellen selbst für einander widerstreitend zu halten.

ereignet, da der Testator noch immer kraft jener Privilegien testieren könnte, und zwar trotz der Veränderung, welche in seinem persönlichen Stande vor sich gegangen ist. Man kann sagen, dass dann das noch fortbestehende Privileg den Aufhebungsgrund des gemeinen Rechtes überwindet und nicht zur Wirksamkeit gelangen lässt. Anders, wenn der Aufhebungsgrund erst eintritt zu einer Zeit, da der Testator nicht mehr kraft eines besondern Privilegs zu testieren im Stande ist. Dann steht seiner Wirkung kein Hinderniss mehr im Wege, und das Testament muss daher nach den gewöhnlichen Grundsätzen zusammenfallen.

Kraft besondern Privilegs kann aber testieren:

erstens ein Soldat, der sich auf dem Feldzuge befindet, einerlei, ob er paterfamilias oder filiusfamilias ist.

Erleidet daher ein solcher Testator noch während der Dauer des Feldzuges durch Arrogation, Emancipation oder datio in adoptionem eine capitis deminutio minima, so bleibt sein Testament in rechtsgültigem Bestande. Tritt dagegen die capitis deminutio erst nach der Entlassung des Testators vom Kriegsdienste oder auch nach seiner Rückkehr in die Friedensquartiere ein, so wird das Testament aufgehoben, falls ihm nicht etwa der sogleich zu erwähnende zweite Gesichtspunkt die Fortdauer der Geltung sichert.[10] Es kann nämlich kraft besondern Privileges testieren:

---

10) In dieser Art und mit dieser Einschränkung wird man im Hinblick auf pr., §. 3, 4 I. de mil. test. 2, 11, mit welchen letzten beiden Paragraphen der §. 5 ibid. schon sprachlich in der engsten Verbindung steht, ferner auf die L. 23 D. de test. mil. den §. 5 I. cit. verstehen müssen, zumal da sonst die Aeusserung: „testamentum eius quasi militis ex nova voluntate valet“ für das Justinianische Recht in keiner Weise passen würde. Ich habe nicht vergessen, dass das von einem miles in expeditione occupatus in der privilegierten Form errichtete Testament während der ganzen Dienstzeit und noch während eines Jahres seit der Verabschiedung seine Geltung behält (§. 3 I. cit.). Allein darin ist nicht sowohl eine Fortdauer des Privilegs, als vielmehr eine blosse Nachwirkung des frühern Privilegs zu erblicken (s. Theophil. ad h. l.); und diese ist nicht stark genug, einem eintretenden Aufhebungsgrunde die Spitze zu bieten. Dauerte das Privileg selbst noch fort, so müsste auch ein Veteran

zweitens ein Haussohn, der ein castrense peculium hat, sei er noch Soldat oder bereits veteranus.

Auch dieses ist, wie aus dem pr. I. quib. non est perm. 2, 12 deutlich erhellt, noch in der Anschauung des Justinianischen Rechtes ein besonderes Privileg, da Haussöhne im allgemeinen, und selbst über die Güter, welche sie als eigenes Vermögen erwerben, nicht zu testieren vermögen. Wenn daher der Haussohn, welcher über sein castrense peculium ein Testament errichtet hat, noch als Haussohn durch Emancipation oder datio in adoptionem eine capitis deminutio minima erfährt, so kann dieses wiederum der Geltung jenes Testamentes keinen Eintrag thun.

Erlangt dagegen der Testator erst durch die capitis deminutio minima, die ihn in nicht privilegiertem Stande betrifft, eine privilegierte Stellung, wie z. B. der paterfamilias veteranus, welcher sich arrogieren lässt, in Rücksicht der bona castrensia: so kann dadurch die Vernichtung seines früher, also nicht kraft eines Privileges errichteten Testamentes nicht aufgehalten werden. So erklärt sich die Entscheidung der L. 23 D. de test. mil. 29, 1.

Möge man immer von dieser Art der Begründung und ihrem innern Werthe denken, wie man wolle. Jedenfalls scheint sie nach der Andeutung des Theophilus diejenige der Verfasser der Institutionen und Digesten gewesen zu sein, und sie gewährt mindestens eine Handhabe, um die verschiedenen in den Digesten und Institutionen vorkommenden Entscheidungen zu begreifen.[11]

---

im ersten Jahre nach der Verabschiedung vom Heer noch nach militärischem Rechte testieren können, was bekanntlich nicht der Fall ist und selbst nach dem vorjustinianischen Rechte nicht der Fall war.

11) Um sich von dem wenigstens relativen Werthe dieser auf die Auctorität des Theophilus gestützten Begründung zu überzeugen, darf man sie nur mit andern Begründungsversuchen, z. B. mit demjenigen Mühlenbruch's in der Fortsetzung von Glück's Commentar XLII. S. 129, zusammenhalten. Stellte übrigens der §. 5 I. cit. die Fälle, wenn ein paterfamilias miles sich arrogieren lässt und wenn ein filiusfamilias miles emancipiert wird, nicht als ganz gleichartig neben einander, so könnte man das Ergebniss des Justinianischen Rechtes auch noch folgendermaassen begrün-

§. 29.

Gehen wir, zu der Zeit Alexander's zurückkehrend, in der Betrachtung des Testamentes eines Haussohnes über sein

---

den: Nur das Testament über ein castrense peculium wird durch eine spätere capitis deminutio minima des Testators nicht berührt. Das von einem paterfamilias errichtete Testament ist aber niemals ein Testament über ein castrense peculium, gesetzt auch, dass es sich, wie das bei einem Soldaten angeht, auf die castrensia bona beschränkte. Folglich muss ein solches Testament in Gemässheit der gewöhnlichen Regeln durch eine capitis deminutio minima, also durch Arrogation, des Testators umgeworfen werden. Ist jedoch der Arrogierte jetzt noch Soldat und im Feldzuge begriffen, folglich in der Lage, ohne alle Form zu testieren, und gieng das Testament gleich Anfangs nur auf die bona castrensia, also auf diejenigen Güter, welche nach der Arrogation castrense peculium werden, worüber er daher auch als nunmehriger filiusfamilias testieren kann: so darf man wohl annehmen, er wolle bei seinem frühern Testamente bleiben, und kann dieses folglich „quasi ex nova voluntate" für sofort wieder neu errichtet ansehen. Damit wäre denn zugleich die Voraussetzung der L. 23 D. de test. mil. 29, 1, dass das vor der Arrogation errichtete Testament sich auf die bona castrensia beschränkt haben müsse, auch im Justinianischen Rechte für maassgebend erklärt. In der That, wenn es sich um eine reine Willensfrage handelt, ist diese Voraussetzung nicht zu entbehren. Denn gewiss nur dann kann mit Fug ohne weiteres angenommen werden, dass der Arrogierte jetzt wieder eben so, wie früher, testieren wolle, wenn das frühere Testament gerade bloss auf diejenigen Güter sich bezog, über welche jener auch jetzt wieder testieren kann. Anders, wenn man die im Text entwickelte Art der Begründung im Sinne der Verfasser der Digesten und Institutionen für die richtige hält. Denn wird das Testament eines miles in expeditione occupatus als ein unter dem Schutz eines besondern Privileges stehendes durch eine capitis deminutio minima des Testators überhaupt nicht berührt, so ist kein Grund, ein solches Testament nach der Arrogation des Testators nur dann fortgelten zu lassen, wenn es sich gleich Anfangs auf die castrensia bona einschränkte. Vielmehr muss man es folgerecht auch dann fortgelten lassen, wenn es sich auf das gesammte Vermögen bezog; nur dass es sich nach der Arrogation natürlich von selbst auf die blossen bona castrensia beschränkt, da diese von jetzt an das einzige Vermögen bilden, worüber der nunmehrige Haussohn ein Testament haben kann. Finden wir doch auch die völlig analoge umgekehrte Erscheinung, dass das von einem filiusfamilias veteranus über sein castrense peculium errichtete Testament sich ohne weiteres auf das von dem Vater ererbte Vermögen erstreckt, falls jener erst nach dem Tode des letztern verstirbt: L. 19 §. 2 D. h. t.

castrense peculium weiter, so stossen wir auf gar keine Eigenthümlichkeiten mehr. Wir finden vielmehr folgenden einfachen Grundsatz:

Das Testament eines Haussohnes über sein castrense peculium ist ganz so zu beurtheilen, wie ein Testament, das unter übrigens gleichen Umständen ein paterfamilias errichtet hätte.

Hält man sich nur immer diese überaus einfache Regel vor Augen, so sind alle auftauchende Fragen leicht und sicher zu entscheiden.

So findet z. B. die fictio legis Corneliae auf das Testament des Haussohnes ganz gleichermaassen Anwendung, wie auf dasjenige eines paterfamilias.[1]

Ferner kann der Haussohn in seinem Testamente alle Verfügungen machen, die ihm als einem paterfamilias möglich sein würden. Insbesondere kann er demnach castrensische Sklaven in directer Form für frei erklären. Denn er ist es jetzt, welchem das Eigenthum der castrensischen Sachen zugeschrieben wird. Folglich sind die Voraussetzungen directer testamentarischer Freilassung: Eigenthum am Sklaven zur Zeit der Testamentserrichtung sowohl, als zur Zeit des Todes, nunmehr in seiner Person vorhanden.[2] Kann aber der Haussohn castrensischen Sklaven testamentarisch in directer Form die Freiheit

---

49, 17. Zu Gunsten dieses Ergebnisses spricht aber ausser den erwähnten innern Gründen auch noch ganz positiv die völlig unbedingte Redeweise und der Mangel jeder einschränkenden Voraussetzung in dem §. 5 I. cit. und bei Theophil. ad h. l. Die L. 23 D. cit. macht dabei keine besondere Schwierigkeit, sobald man annimmt, der Beisatz: „de castrensibus rebus duntaxat testatus" sei von den Compilatoren zwar, weil man ihn einmal bei Tertullian vorfand, aufgenommen, aber keineswegen als die ausschliessliche Voraussetzung der in der Stelle enthaltenen Entscheidung gedacht worden. (Unius positio non est alterius exclusio.) — Die besprochenen Stellen gehören zu den von jeher sehr vernachlässigten. Unter den Neuern äussern sich darüber bloss Mühlenbruch a. a. O. und Göschen, Vorles. §. 871 bei Note 5 und 6 und §. 900 (hier eine ausführliche Erörterung). Vgl. auch Keller, Pand. §. 412 im Texte nach Note 18, §. 495.

1) L. 14 pr. D. h. t. 49, 17 (Papinian.); L. 39 D. de test. mil. 29, 1 (Paul.).

2) L. 19 §. 3 D. h. t. 49, 17 (Tryphonin.). Ueber das frühere Recht s. oben S. 117 fg., 131.

ertheilen: so muss er auch im Stande sein, castrensische Sachen per vindicationem zu legieren, wiewohl wir dafür kein bestimmtes äusseres Zeugniss besitzen. Denn das Vindicationslegat hat keine weiter gehenden Erfordernisse, als die directe testamentarische Freilassung. Im Gegentheil ist die letztere eigentlich nur eine besondere Anwendung des Vindicationslegates und liesse sich sehr treffend als ein Vindicationslegat der Freiheit bestimmen.[3] Uebrigens mangelt es an bestimmten äussern Belegen gerade nur in Ansehung des Vindicationslegates. Denn dass der Haussohn überhaupt Vermächtnisse aussetzen kann, und zwar Legate sowohl, als Fideicommisse, und Universalvermächtnisse nicht minder, als Singularvermächtnisse, das wird durch eine ganze Reihe klarer Stellen bewiesen.[4]

Dagegen kann der Haussohn noch immer seinen Kindern keinen tutor ernennen und eben so wenig eine wahre Pupillarsubstitution vornehmen. Denn beides ist bedingt durch väterliche Gewalt, welche über seine Kinder nicht dem Haussohn, sondern allein seinem Gewalthaber zusteht. Und auch als einem paterfamilias wären ihm ohne väterliche Gewalt dergleichen Verfügungen unmöglich. Zudem ist dem Haussohn eine Testierfähigkeit überhaupt nur in Betreff seines castrense peculium eingeräumt. Verfügungen der gedachten Art haben aber mit dem castrense peculium offenbar ganz und gar nichts mehr zu schaffen.[5]

---

3) Vgl. L. 120 D. de V. S. 50, 16, L. 80 D. eod., L. 77 D. de legat. III. (32).

4) Vermächtnisse überhaupt: Marcellus in der L. 15 D. de mort. c. don. 39, 6, L. 40 pr. D. ad L. Falc. 35, 2 (Hermogen.); Legate: Paulus in der L. 15 cit., L. 17 §. 3 D. de test. mil. 29, 1 (Gai.), L. 17 §. 1 D. h. t. 49, 17 (Papin.), L. 18 pr. in f. D. ad L. Falc. 35, 2 (Paul.); Fideicommisse: L. 114 pr. D. de legat. I. (30) von Marcian; Universalfideicommisse insbesondere: L. 1 §. 6 D. ad SC. Treb. 36, 1 (Ulp.), L. 18 pr., §. 1 D. ad L. Falc. 35, 2 (Paul.). Der Haussohn kann sogar in Intestatcodicillen seinem Gewalthaber, dem in Ermangelung eines Testamentes das castrense peculium nach Peculienrecht anheimfällt, Singular- und Universalfideicommisse auferlegen: cit. L. 114 pr. D. de legat. I. und cit. L. 18 pr., §. 1 D. ad L. Falc.

5) S. in Ansehung der Vormundsernennung: L. 28 D. de test. mil. 29, 1 (Ulp.); L. 41 §. 2 D. eod. (Tryphonin.). Vgl. auch L. 40 D. de

Ein weiterer Ausfluss unseres Hauptsatzes ist, dass der Haussohn, so lange er wirklicher Soldat ist, in Gemässheit der besondern militärischen Testamentsprivilegien, als veteranus aber nur noch nach Maassgabe des gewöhnlichen gemeinen Rechtes testieren kann. Dieses bezeugt ganz geradezu Justinian durch folgenden Bericht in der L. 37 pr. C. de inoff. test. 3, 28:

> militibus quidem et veteranis testamenta facere in castrensi peculio undique concessum fuerat; sed *militibus* quidem in expeditione constitutis *iure suo*, *veteranis* autem *iure communi*.[6]

Während seines Soldatenstandes ist also das Testament des Haussohns an gar keine bestimmten Formen gebunden, sondern es kommt dabei alles allein auf seinen erkennbaren und erweislichen Willen an.[7] Jedoch hat ein solches formlos errichtetes Testament eines Haussohnes völlig ebenso, wie das bloss nach dem besondern militärischen Rechte gültige Testament eines paterfamilias, rechtlichen Bestand und Wirkung nur unter der Voraussetzung, dass der Testator noch als Soldat oder doch innerhalb eines Jahres seit seiner ehrenhaften Verabschiedung stirbt.[8]

Testiert dagegen der Haussohn als veteranus, so muss er die gewöhnlichen Formvorschriften beobachten.[9] Namentlich

---

adm. tut. 26, 7 (Papinian.); L. 2 D. de test. tut. 26, 2 (Ulp.). In Ansehung der Pupillarsubstitution: L. 41 §. 4 D. de test. mil. 29, 1 (Tryphonin.); cit. L. 28 D. eod. (Ulp.). Was die Pupillarsubstitution anlangt, so ist jedoch auf einen, sogleich im Texte zu erörternden Umstand zu achten.

6) Der Beisatz: „in expeditione constitutis“ ist natürlich erst für das Justinianische Recht richtig. Vgl. L. 17 C. de test. mil. 6, 21 v. J. 529 (die L. 37 C. cit. ist vom Jahre 531; s. die chronologische Aufzählung der Quellen); pr. I. de mil. test. 2, 11 und besonders Theophil. ad h. l.; Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Comment. XLII. S. 32 ff., 43 ff. — Als fernerer Beleg des im Text aufgestellten Satzes kann neben der L. 37 pr. C. cit. auch noch Paul III, 4 A. §. 3 genannt werden.

7) L. 37 pr. C. cit., L. 22 D. de test. mil. 29, 1 (Marcian.), L. 23 D. eod. (Tertull.). S. oben S. 195 fg. Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 59 ff.

8) Vgl. L. 17 §. 1 D. h. t. 49, 17 (Papinian.); L. 40 pr. D. ad L. Falc. 35, 2 (Hermogenian.); L. 26 D. de test. mil. 29, 1 (Macer). Mühlenbruch S. 121 ff.

9) Vgl. L. 37 pr. C. cit.; L. 17 §. 1 D. cit.; L. 19 §. 2 D. h. t. (Tryphonin.); L. 23 D. de test. militis 29, 1 (Tertull.), worüber oben

bedarf er der gehörigen Anzahl fähiger Zeugen. Es fragt sich aber: kann er als Zeugen auch seinen Gewalthaber oder einen gleichfalls in der Gewalt desselben stehenden Bruder beiziehen?

Gaius in seinen Institutionen II, 106 hielt dieses für unzulässig. Seine Gründe sind leicht aus §. 105 ibid. zu erkennen. Wer mit einer der beiden Personen, zwischen denen das Geschäft der Testamentserrichtung vor sich gehe, also mit dem Testator selbst oder dem familiae emtor, durch das Band väterlicher Gewalt verknüpft sei, der könne nicht gültig als Zeuge zugezogen werden. Nun sei durch die Fähigkeit eines Haussohns, über sein castrense peculium gleich einem Gewaltfreien zu testieren, das Gewaltverhältniss zu seinem Vater keinesweges aufgehoben. Folglich würde denn aber die Zeugschaft des letztern oder auch diejenige eines der gleichen Gewalt unterworfenen Bruders des Testators ein unstatthaftes „domesticum testimonium" sein.

Marcellus dagegen folgte, wie wir von Ulpian in der L. 20 §. 2 D. qui test. fac. 28, 1 erfahren, im 10. Buche seiner Digesta einer andern Ansicht. Er liess den Vater als gültigen Zeugen bei dem Testamente seines Haussohnes über das castrense peculium zu. Seine Entscheidungsgründe sind nicht angegeben. Ohne Zweifel aber gieng er davon aus, dass in Rücksicht des castrense peculium der Haussohn ganz wie ein Gewaltfreier, gewissermaassen wie ein Emancipierter, betrachtet und behandelt werde. Da man nun anerkenne, dass bei dem Testament eines Emancipierten sein Vater als Zeuge mitwirken könne, so sei kein rechter Grund vorhanden, die Zeugschaft des Vaters bei dem Testamente seines Haussohns über das castrense peculium auszuschliessen. Ulpian giebt dieser Ansicht seine Zustimmung.

Hienach könnte man geneigt sein, diese Ansicht ohne weiteres auch für das Justinianische und heutige Recht als die maassgebende anzusehen. Allein dem steht die Schwierigkeit entgegen, dass in das Corpus iuris ausser der Stelle des Ulpian

---

S. 195 fg. S. auch pr. I. de mil. test. 2, 11 (eine Stelle, mit welcher sich Mühlenbruch S. 41 fg. ganz unnöthige Schwierigkeiten macht) und Theophil. ad h. l.



auch die Stelle des Gaius als §. 9 I. de test. ord. 2, 10 aufgenommen worden ist. Wie haben wir uns dieser Thatsache gegenüber zu verhalten?

Man hat eine Vereinigung der beiden Stellen seit der Glossatorenzeit fast einhellig durch die Annahme zu erzielen gesucht, dass nur der §. 9 I. cit. auf ein nach der Entlassung vom Kriegsdienste gemachtes, die L. 20 §. 2 D. cit. aber auf ein während des Soldatenstandes und auf dem Feldzuge, also unter der Herrschaft der militärischen Testamentsprivilegien errichtetes Testament zu beziehen sei. Weil in diesem letzten Fall der Testator ohne irgend eine besondere Förmlichkeit und ohne jede Beiziehung von Solennitätszeugen zu testieren im Stande sei, so könne natürlich auch die Zuziehung eines unfähigen Zeugen nichts schaden.[10]

---

10) So schon die glo. Post missionem ad §. 9 I. cit. und die glo. Posse ad L. 20 §. 2 D. cit. Ferner: Bartolus, Baldus, Angelus de Ubaldis, Paulus de Castro ad L. 20 §. 2 cit.; Ioannes de Platea sup. Instit. lib. II. tit. de test. ordin. nr. 22; Eguin. Baro ibid. ad verb. Pater nec non rel.; Franc. Balduin. ibid. ad verb. Si filiusf. de castr. rel.; Vigl. Zuichem. ad §. 9 I. cit. verb.: de castr. pecul. rel.; Matth. Wesenbecc. ad §. Pater (8) I. ibid. verb. Missionem; Joach. Mynsinger, Schol. in §. 1 I. per quas pers. verb. Sed si filiusf.; Hub. Giphan. ad. §. Testes I. de test. ord. verb. Post missionem; Ant. Faber, Rational. ad L. 20 §. 2 D. cit.; Ant. Pichard (schrieb 1600) in §. Pater I. de test. ord. nr. 7; Pacius ad §. 9 I. cit.; Herm. Vultejus ad Inst. II, 10 de test. ord. §. 2 — 10 nr. 44; Joh. Harpprecht ad §. 9 I. cit. nr. 6; Wilh. Ludwell in §. 9 I. cit. nr. 2; Retes cap. III. §. 24 in fine (p. 252); Lauterbach, Colleg. XXVIII, 1 §. 64; Ulr. Huber, Praelect. P. I. ad Inst. II, 10 de test. ord. nr. 15. Weitere Nachweisungen aus früherer Zeit giebt Glück, Commentar XXXIV. S. 369 Anm. 79. Von Schriftstellern der neuesten Zeit gehören hierher: Schrader ad §. 9 I. cit.; Göschen, Vorles. §. 726 und §. 830; Keller, Pand. §. 418 und 476 bei Note 9; Vangerow, Lehrb. der Pand. II. §. 444. I. 5. (7. Aufl. S. 139 fg.). Um die Entstehung dieser Ansicht ganz zu begreifen, muss man beachten, dass die Juristen des Mittelalters annahmen, selbst der miles im Felde könne doch nur in der Schlacht ohne jede Förmlichkeit testieren. Ausserhalb der Schlacht müsse er wenigstens zwei Zeugen beiziehen, welche jedoch nicht die Eigenschaften eigentlicher Solennitätszeugen, sondern bloss diejenigen gültiger Beweiszeugen zu haben brauchten. (S. meine Schrift zur

Erst seit dem 16. Jahrhundert haben einzelne diesen Ausweg für unmöglich und das Dasein eines wahren Widerspruches für unleugbar erklärt. Doch blieben es immer nur sehr vereinzelte Stimmen, und erst in neuester Zeit hat diese Meinung etwas mehr Boden gewonnen. Uebrigens wollen ihre Anhänger meistens dem §. 9 I. cit. den Vorzug geben, was im Ergebnisse auf dasselbe hinausläuft, wie die beschriebene Art der Vereinigung beider Stellen.[11]

Mir scheint der Wortlaut dieser Stellen eine solche Vereinigung recht wohl zu gestatten. Jedenfalls würde ich bei Annahme eines wirklichen Widerspruches in dem ganz bestimmt lautenden §. 9 I. cit. den eigentlichen Ausdruck des gesetzgeberischen Willens erblicken.[12] Das praktische Ergebniss aber,

---

Geschichte des Soldatentestamentes, bes. S. 15 fg.) Auf diesem Standpunkte wird es sehr erklärlich, dass man glaubte, die cit. L. 20 §. 2 D. qui test. fac. handle von einem Fall der zweiten Art und enthalte einen der Belege dafür, dass die zwei Zeugen nicht gerade fähige Testaments- und Solennitätszeugen sein müssten.

11) Der erste Widersacher dieses Vereinigungsversuches scheint Hotman gewesen zu sein. (Comm. in Inst. II, 10 de test. ord. §. 9 verb. post missionem und Schol. in D. XXVIII, 1 qui test. fac. L. 20 verb. scribit posse.) Ihm folgen Vinnius ad §. 9 I. cit. nr. 3, 4 (mit gewichtigen Gründen), Glück a. a. O. S. 370, Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilr. 5. Aufl. §. 447 Note y (S. 224), Mühlenbruch, Lehrbuch d. Pandektenr. §. 660 Note 8, Puchta, Pand. §. 465 Note 5 und Vorlesungen dazu, Sintenis, Pract. gem. Civilr. III. §. 169 Anm. 28, Arndts, Pand. §. 486 Anm. 5, C. O. Müller, Lehrb. der Instit. §. 184 Anm. 41 (S. 736), Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts §. 542 Anm. 10. Für den Vorzug der L. 20 §. 2 D. cit. entscheiden sich von den genannten bloss Puchta, Sintenis, Müller und Windscheid.

12) Was Puchta a. d. a. OO. dagegen vorbringt, ist sehr unbedeutend und bereits von Vinnius l. c. nr. 3 und Glück a. a. O. S. 371 zur Genüge widerlegt. Wenn er insbesondere die in der L. 20 §. 2 cit. vertretene Ansicht für die consequente erklärt, so lässt sich eben gerade hierüber mit allem Fuge streiten. Da ein Haussohn bei dem Testamente seines Gewalthabers nicht gültig als Zeuge mitwirken kann, weil seine Zeugschaft ein unzulässiges „domesticum testimonium" sein würde, und da aus dem nämlichen Grunde, falls ein Haussohn als familiae emtor zugezogen war, sein Gewalthaber nicht Testamentszeuge sein konnte: so dünkt es mir im Gegentheil consequenter, auch bei dem Testament eines

zu welchem man auf dem einen oder dem andern dieser beiden Wege gelangt, wird für das heutige gemeine Recht schon um deswillen für unbedingt maassgebend angesehen werden müssen, weil es, wie die gegebenen Nachweise lehren, seit dem Mittelalter bis auf die Gegenwart so gut wie völlig einstimmig anerkannt und daher durch eine ganz unzweifelhafte Usualinterpretation als geltendes Recht festgestellt ist.[13]

Doch wir müssen uns aus der Gegenwart zu den Zeiten des Ulpian und Paulus zurückwenden, und wir sehen hier, was wir so eben in Rücksicht der Form des von einem Haussohne noch im Soldatenstande oder erst nach der Entlassung aus demselben über sein castrense peculium errichteten Testamentes

---

Haussohnes über sein castrense peculium den Gewalthaber nicht als Zeugen zuzulassen.

13) An dem Vorhandensein einer wahren Usualinterpretation lässt sich um so weniger zweifeln, als, wie bereits in der Anm. 10 bemerkt worden ist, die herkömmliche Art der Auslegung und Vereinigung der beiden Stellen auf das innigste mit einer andern völlig unzweifelhaften Usualinterpretation zusammenhängt, überdies mit einer solchen, welche durch die Notariatsordnung von 1512 Titel von Testamenten §. 2 bekräftigt und befestigt worden ist. Dass dieses letzte auch in Ansehung des hier zunächst in Frage stehenden Punktes anerkannt werden müsse, und dass auch im Sinne der Notariatsordnung die zwei Zeugen, die ein im Felde, aber doch nicht während eines Gefechtes testierender Soldat zuziehen muss, nicht als eigentliche Solennitätszeugen, sondern bloss als Beweiszeugen anzusehen seien, habe ich in meiner angeführten Schrift S. 25 fg. zu beweisen gesucht und dort namentlich bemerkt, dass diese Ansicht auch seit der Not. O. bis auf die neueste Zeit stets die allgemein angenommene geblieben ist. Der von Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts §. 544 Anm. 4 a. E. gemachte Einwurf: „Aber die N. O. stellt doch offenbar diese zwei Zeugen den sonstigen Testamentszeugen ganz gleich", wäre erstens schon an und für sich nur berechtigt, wenn die Not. O. die Absicht gehabt hätte, etwas neues einzuführen, was nach den von mir in jener Schrift gegebenen Nachweisungen entschieden nicht der Fall war. Zweitens aber darf nicht übersehen werden, dass in Betreff dieses Punktes der Not. O. auch wieder eine Usualinterpretation vorliegt. Und besteht denn irgend ein Grund, durch Anklammern an die Worte des doch wahrlich nicht besonders präcis gefassten Reichsgesetzes den Soldaten im Felde die Testamentserrichtung zu erschweren? noch dazu mittels völlig nutzloser rein formeller Erfordernisse?

gefunden, auch in Rücksicht des Inhaltes bestätigt. Testiert nämlich der Haussohn noch als Soldat, so wird auch der Inhalt seines Testamentes nach dem besondern militärischen Rechte beurtheilt. Es wird also von fast allen beschränkenden Rechtsvorschriften abgesehen, und im ganzen allein sein Wille für entscheidend erachtet.[14] Auf das erst nach der Verabschiedung vom Heer gemachte Testament kommen dagegen auch in Betreff des Inhaltes die gewöhnlichen gemeinen Rechtsregeln zur Anwendung.

Demzufolge kann z. B. der Haussohn als Soldat mehrere auf einander folgende Erben ernennen;[15] und damit hängt es zusammen, dass eine von ihm für sein unmündiges Kind vorgenommene Pupillarsubstitution zwar nicht als solche gültig ist, denn dieses ist, wie wir gesehen (S. 203), nicht möglich, wohl aber bei dem Ableben des Kindes in der Unmündigkeit dem Substituten wenigstens das frühere castrense peculium des Testators verschafft. Es verhält sich also ganz gerade so, wie wenn ein gewaltfreier Soldat seinem Hauskinde über die Zeit der Mündigkeit hinaus,[16] oder seinem emancipierten Kind einen Substituten nach Art einer Pupillarsubstitution ernennt. Mit diesem letzten Fall wird denn auch der unsrige unmittelbar zusammengestellt in der L. 41 §. 4 D. de test. mil. 29, 1:

> Tryphoninus lib. XVIII. Disputat.: Exheredato miles et emancipato filio substituere potest. Verum hoc ius in his exercebitur, quae ab ipso ad eum, cui substituit, pervenerint, non etiam in his, si quae habuerit, vel postea acquisierit

---

14) Vgl. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Comment. XLII. S. 74 ff. Indessen geht man hier gewöhnlich zu weit und sieht die Freiheit des Soldaten für grösser an, als sie in Wahrheit ist. Der Verlauf der Darstellung wird Gelegenheit geben, dieses in mehrern Stücken nachzuweisen.

15) Vgl. besonders L. 41 pr. D. de test. mil. 29, 1 und ferner L. 15 §. 4, L. 19 §. 2 D. eod.; L. 8 C. eod. 6, 21. Ob der an zweiter Stelle ernannte die Erbschaft als eigentlicher Erbe oder vielmehr in der Eigenschaft eines Universalfideicommissars erhalte, ist eine hier nicht in Betracht fallende Frage.

16) L. 15 D. de vulg. et pup. subst. 28, 6; L. 8 in fine C. de impub. et al. 6, 26.

(sc. filius). *Nam et si filio suo, vivo adhuc avo, substituit, post acquisitam ei* (sc. filio) *avi hereditatem, nemo diceret, ad substitutum pertinere.*

Zum vollen Verständnisse gelangt übrigens diese Stelle erst durch die Vergleichung und Verbindung mit der L. 28 D. eod., welche folgenden, aus dem lib. XXXVI. ad Sabinum entnommenen Ausspruch Ulpian's enthält:

Quum filiusfamilias miles decessisset filio impubere herede instituto, eique substituisset in avi potestate manenti, tutoresque dedisset: Divi Fratres rescripserunt, substitutionem quidem valere, tutoris autem dationem non valere; quia hereditati quidem *suae* miles, qualem vellet, substitutionem facere potest, veruntamen alienum ius minuere non potest.

Ferner greift die Regel: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest nicht ein, wenn der Haussohn als Soldat, wohl aber, wenn er erst nach der Verabschiedung gestorben ist. Hat er also bei der Testamentserrichtung nicht gewusst, dass sein Vater gestorben und er der Erbe (suus heres) desselben geworden, und stirbt er dann, ohne es erfahren zu haben, noch als Soldat, so erhält der von ihm eingesetzte Erbe bloss das castrensische, nicht auch das vom Vater ererbte Vermögen. Denn da er bei der Testamentserrichtung hatte glauben müssen, nur über sein castrense peculium testieren zu können, so ist eben auch sein Wille nur auf dieses Vermögen gegangen. Und da er von dem Tode seines Vaters auch später nichts erfahren, so lässt sich nicht einmal annehmen, er habe durch Unterlassung einer neuen Testamentserrichtung seinen Willen an den Tag gelegt, dem früher ernannten Erben auch das ererbte Vermögen zuzuwenden.

Ebenso ist zu entscheiden, wenn der Tod des Vaters erst nach der Testamentserrichtung erfolgt, dem Sohn aber wiederum bis zu seinem Tode nichts davon bekannt geworden wäre. Ferner auch dann, wenn der Sohn den spätern Tod seines Vaters erfahren und an eine Veränderung seines Testamentes gedacht hat, aber nicht in der Absicht, dem früher eingesetzten Erben die castrensia bona zu entziehen, sondern vielmehr um deswillen, weil er nunmehr auch über das vom Vater ererbte Vermögen

testieren und dieses einem andern Erben geben wollte. In allen diesen Fällen kann man dem von dem Sohn eingesetzten Erben bloss die bona castrensia, das frühere castrense peculium des Testators, zusprechen, da letzterer bis zu seinem Tode keiner andern Meinung und folglich auch keines andern Willens gewesen, als dass jener die bona castrensia, nicht aber etwas weiter, erhalten werde.

Stirbt dagegen der Sohn erst als veteranus, oder macht er sogar sein Testament erst als solcher, so muss der von ihm ernannte Erbe allemal sein gesammtes bei dem Tode vorhandenes Vermögen, also auch das von dem Vater ererbte, erhalten, gleichviel, ob der Testator bei der Testamentserrichtung oder wenigstens zur Zeit seines Todes gewusst hat, dass er Erbe seines Vaters geworden, oder nicht. Denn ein Nichtsoldat kann nicht pro parte testatus, pro parte intestatus versterben. Das von ihm hinterlassene Testament ergreift stets das gesammte Vermögen, ohne Unterschied, ob der Wille des Verstorbenen dahin gieng, es den eingesetzten Erben wirklich ganz, oder nur zu einem Theile zuzuwenden.

Alle diese Sätze sind klar und unzweideutig in folgenden Stellen enthalten:

L. 11 §. 2 — L. 13 §. 1 D. de test. mil. 29, 1: Ulpian. lib. XLV. ad Edict.: Si filiusfamilias ignorans patrem suum decessisse, de castrensi peculio in militia testatus sit, non pertinebunt ad heredem eius patris bona, sed sola castrensia;

Papinian. lib. VI. Respons.: milites enim ea duntaxat, quae haberent, scriptis relinquunt.

Ulp. lib. XLV. ad Edict.: Idem est, et si de testamento mutando cogitavit, non quia adimere volebat castrensia bona heredi scripto, sed quia de paternis testari volebat et alium heredem scribere. (§. 1) Sed *si iam veteranus decessit*, universa bona, etiam paterna, ad heredem pertinere castrensium, Marcellus libro X. Digestorum scribit; neque enim iam potuit de parte bonorum testari.

L. 19 §. 2 D. h. t. 49, 17: Tryphonin. lib. XVIII. Disputat.: Filiusfamilias paganus de peculio castrensi fecit testamen-

tum et, dum ignorat, patri se suum heredem extitisse, decessit: non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamvis id in milite etiam nunc rescriptum sit, quia miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori, quod ius iste non habuerit, non magis, quam sine observatione legum facere testamentum. Necessario ergo castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit, perinde ac si pauperrimus facto testamento decessisset ignorans se locupletatum per servos alio loco agentes.[17]

Hat der Haussohn während seines Soldatenstandes testiert, und stirbt er noch in diesem Stande oder doch innerhalb eines Jahres seit ehrenhafter Verabschiedung, zu einer Zeit also, da

---

17) Die glo. Veteranus ad L. 13 §. 1 D. cit. will die Anwendung dieser Stelle an die Voraussetzung binden, dass der Sohn nicht bloss als veteranus, sondern auch erst post annum missionis gestorben sei. Offenbar im Widerspruche mit der allgemeinen Fassung der L. 13 §. 1. Im übrigen vergleiche man noch Ant. Faber, Iurispr. Pap. tit. XI. pr. VI. ill. 25 (eine gute und gründliche Erörterung); Retes cap. IV. (p. 252 sq.); Löhr im Archiv für civil. Praxis VII. S. 266; Mühlenbruch a. a. O. S. 82 fg., 123; Neuner, Die heredis institutio ex re certa S. 24 fg. — In nahem Zusammenhange mit den hier besprochenen Fragen steht eine höchst interessante und wichtige Frage des Justinianischen und heutigen Rechtes, welche Hänsel in den Bemerkungen und Excursen über das kgl. sächsische Civilr. I. S. 388 ff. erörtert. Testierfähigkeit hat ein Haussohn allein in Ansehung eines castrense oder quasi castrense peculium. Nun kann er aber daneben nach Justinianischem und heutigem Rechte auch noch sonstiges eigenes Vermögen haben, welches nach seinem Tode seit der Nov. 118 ebenfalls Gegenstand der gewöhnlichen Erbfolge ist. Wie also, wenn er über das castrense peculium testiert hat? Sind dann wegen der Regel Nemo pro parte etc. dem von ihm eingesetzten Erben auch die Adventicien zuzusprechen? Oder aber erleidet diese Regel hier eine weitere Ausnahme? Ganz gewiss mit vollem Recht entscheidet sich Hänsel in diesem letzten Sinne unter Berufung auf die L. 37 C. de inoff. test. 3, 28, welcher er auch noch den §. 6 I. de mil. test. 2, 11 und das pr. I. quib. non est perm. 2, 12 hätte beifügen können. (A. M. Brunnemann ad L. De hereditate 19 §. 2 D. h. t. nr. 3 mit Berufung auf Cephalus.) Als einen andern verwandten Fall des heutigen Rechtes führt Hänsel denjenigen an, wenn Ehefrauen nur über ihre Immobilien, nicht aber über ihr Mobiliarvermögen testieren dürfen.

die militärischen Testamentsprivilegien auf sein Testament noch ihre Nachwirkung äussern, so sind die darin ausgesetzten Vermächtnisse dem Abzuge der quarta Falcidia nicht unterworfen, wie dieses überhaupt bei allen Soldatentestamenten gilt.[18] Anders, wenn das Testament erst nach der Entlassung vom Kriegsdienste gemacht worden ist, sei es auch vielleicht noch innerhalb des ersten Jahres, und wäre sogar der Testator noch im Laufe dieses Jahres gestorben. Denn von Veteranen errichtete Testamente werden ganz nach dem gemeinen Rechte beurtheilt, und folglich stehen sie denn auch unter der Herrschaft des Falcidischen Gesetzes. Und dass dabei zwischen gewaltfreien und gewaltuntergebenen Veteranen kein Unterschied besteht, wird zum Ueberfluss ausdrücklich in der L. 40 pr. D. ad L. Falc. 35, 2 ausgesprochen. Ich will die kurze Stelle hierhersetzen:

> Hermogenianus lib. IV. Iuris Epitom.: Ad *veterani* testamentum, sive paterfamilias, sive filiusfamilias sit, *licet intra annum missionis decedat*, lex Falcidia pertinet.[19]

Kurz man darf überall nur fragen: was würde gelten, wenn der Haussohn ein Gewaltfreier wäre? und man wird niemals irre gehen.

§. 30.

Dieses trifft, wenigstens in der Zeit, mit welcher wir es hier zunächst zu thun haben, insbesondere auch bei dem Notherben- und Pflichttheilsrechte zu. Auch in diesen Beziehungen ist das Testament eines Haussohnes über sein castrense peculium völlig gerade so zu beurtheilen, wie ein Testament, welches in übrigens gleicher Lage ein paterfamilias gemacht hätte. Ein kurzer Gang durch die Gebiete des Notherben- und Pflichttheilsrechtes wird genügen, um sich davon zu überzeugen,

---

18) Vgl. L. 17 §. 4, L. 18 D. de test. mil. 29, 1; L. 12 C. eod. 6, 21; L. 17, 92, 96 D. ad L. Falc. 35, 2; L. 7 C. eod. 6, 50; L. 1 §. 18, L. 3 §. 1 D. ad SC. Treb. 36, 1. S. auch Retes cap. III. §. 23 (p. 252) und Mühlenbruch a. a. O. S. 113 ff.

19) S. ferner L. 17 §. 1 D. h. t. 49, 17 (Papinian.); L. 18 pr., §. 1 D. ad L. Falc. 35, 2 (Paul.).

zugleich aber Gelegenheit zu manchen interessanten Beobachtungen geben.

Um jedoch hier von vornherein einen richtigen Gesichtspunkt zu gewinnen, muss ich etwas weiter ausholen und vor allen Dingen einen gegenwärtig sehr verbreiteten Irrthum bei Seite schaffen. Ueber nichts sind nämlich unsere heutigen Schriftsteller einstimmiger, als darüber, dass unter der Herrschaft der militärischen Privilegien testierende Soldaten an keinerlei Notherben- und Pflichttheilsrecht gebunden seien, und daran auch schon im frühern römischen Rechte nicht gebunden gewesen. Ihre Testamente hätten also weder wegen Präterition, noch auch wegen Verletzung von Pflichttheilsansprüchen können angefochten werden.[1]

Wie allgemein aber immer diese Annahme sein möge, so ist sie nichts desto minder ganz entschieden falsch. Bloss die querela inofficiosi ist gegen Soldatentestamente ausgeschlossen. In allem übrigem gelten die Vorschriften des Notherben- und Pflichttheilsrechtes auch für sie; nur mit einer Einschränkung und nur, dass die Enthebung der Soldaten von allen und jeden bestimmten Formen für den Ausdruck ihres Willens natürlich auch hier sich fühlbar machen musste. Zudem aber ist selbst jene Einschränkung weniger als ein Privileg der Soldaten selbst zu betrachten, denn als eines des in Folge des Soldatenstandes erworbenen Vermögens. Denn es erstreckt sich auch auf den veteranus und besteht darin, dass ein Emancipierter oder aus der Sklaverei freigelassener als Soldat oder Veteran über seine bona castrensia frei testieren kann, ohne auf seinen parens manumissor oder patronus eine Rücksicht nehmen zu müssen. In Ansehung aller übriger Habe des Emancipierten oder Freigelassenen steht dagegen dem parens manumissor oder Patron die gewöhnliche bonorum possessio contra tabulas zu, selbst wenn jener das rücksichtslose Testament als Soldat errichtet hätte und

---

1) Vgl z. B. Francke, Das Recht der Notherben S. 444 ff.; Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Comment. XXXV. S. 197, 218, XLII. S. 77 ff., 88 Anm. 26; Keller, Pand. §. 499 bei Note 19; Arndts, Pand. §. 592; Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts §. 575 a. E.

auch noch als Soldat gestorben wäre, so dass sein Testament unstreitig unter dem Schutze der militärischen Privilegien stünde. Folgende Stellen werden sowohl die Regel, als die Ausnahme ausser Zweifel setzen.

L. 29 §. 3, L. 30 D. de test. mil. 29, 1: Marcell. lib. X. Digest.: Patri eius, qui in emancipatione ipse manumissor extitisset, *contra tabulas testamenti dandam bonorum possessionem partis debitae placet*, *exceptis his rebus*, *quas in castris adquisiisset*, quarum liberam testamenti factionem habet;

Paul. lib. VII. Quaest.: nam *in bona castrensia* non esse dandam contra tabulas filii *militis* bonorum possessionem, Divus Pius Antoninus rescripsit.

L. 3 §. 6 D. de bonis libert. 38, 2: Ulp. lib. XLI. ad Edict.: Patronus contra *ea bona* liberti omnino non admittitur, *quae in castris sunt quaesita.*

L. 42 §. 1 D. eod.: Papinian. lib. XIII. Quaest.: Castrensium bonorum Titium libertus fecit heredem, ceterorum alium, adita est a Titio hereditas: magis nobis placebat, nondum patronum possessionem contra tabulas petere posse. Verum illa quaestio intervenit, an omittente eo, qui reliqua bona accepit, perinde Titio accrescant, ac si partes eiusdem hereditatis accepissent. Verius mihi videtur, intestati iure deferri bona cetera. Titius igitur heres non poterit invitare manumissorem, *quum Titio nihil auferatur*, nec bonis ceteris, quae nondum ad causam testamenti pertinent.

Diese letzte Stelle ist ganz besonders schlagend. Denn wenn der Freigelassene auf sein castrensisches Vermögen den Titius, auf sein übriges Vermögen einen andern gültig zum Erben einsetzen konnte, wenn ferner der Jurist erklärt, dass dieses übrige Vermögen, falls der darauf eingesetzte Erbe ausschlage, nicht dem Titius zuwachse, sondern nach Intestaterbrecht deferiert werde: so liegt darin der unzweideutigste Beweis, dass Papinian an einen Freigelassenen dachte, der als Soldat testiert hat und auch noch als Soldat gestorben ist. Gleichwohl geht aus der Stelle klar hervor, dass in Ansehung der nicht castrensischen Güter Papinian dem Patron eine bonorum possessio

contra tabulas, das heisst das gewöhnliche Pflichttheilsrecht, zuschreibt, gesetzt nur, dass der auf diese Güter eingesetzte Erbe antritt.[2]

---

2) Vgl. zu der Stelle auch die L. 37 D. de test. mil. 29, 1 und wegen ihrer Auslegung Adolph Schmidt, Das Pflichttheilsrecht des Patronus und des parens manumissor (1868) S. 62 Anm. 83. — Mit der L. 29 §. 3 und der L. 30 D. citt. sind übrigens auch noch die L. 1 §. 4 D. si a parente quis 37, 12 und die L. 10 D. h. t. 49, 17, mit der L. 3 §. 6 und der L. 42 §. 1 D. citt. auch noch die L. 37 §. 1 C. de inoff. test. 3, 28 zu verbinden. — Wie im Angesichte dieser Stellen Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Comm. XXXV. S. 198 Note 46, S. 206 Note 65, XLII. S. 88 Note 26 zu der Behauptung gelangen konnte, dass ein Freigelassener als Soldat seinen Patron überhaupt, und auch in Rücksicht des nicht castrensischen Vermögens beliebig habe übergehen dürfen, ist schwer begreiflich. Noch weit unverständlicher aber ist die Deutung, die er jenen Stellen giebt. Er will sie nämlich bloss von dem Fall verstehen, wenn ein ehemaliger Soldat über seine vormals castrense peculium gewesenen bona castrensia testiert. In diesem Fall solle in Beziehung auf das patronatische Erbrecht und das nachgebildete Recht des parens manumissor das Recht, wie es früher gegolten, als die gedachten Güter noch castrense peculium gewesen, dass nämlich der damalige Haussohn seinen Vater von diesen Gütern durch Testament beliebig hätte ausschliessen können, noch fortwirken. Wie dieses bei einem libertus zu denken, hat Mühlenbruch unterlassen anzugeben. Hätte er sich die Frage vorgelegt, ich zweifle kaum, dass er dann sofort die Unmöglichkeit einer solchen Auslegung erkannt haben würde. Zudem aber ist bei ihr das „militis" in der cit. L. 30 D. de test. mil. gänzlich übersehen. Wenn sich endlich Mühlenbruch auf die cit. L. 1 §. 4 D. si a parente beruft, so ist das in dieser sehr unbestimmt gehaltenen Stelle erwähnte Rescript des Pius doch offenbar kein anderes als dasjenige, von welchem die L. 30 cit. redet. Der Ausspruch des Ulpian in der L. 1 §. 4 cit. muss also aus der L. 30 cit. erst näher bestimmt werden. Der Ansicht Mühlenbruch's gerade entgegengesetzt ist diejenige von Retes cap. III. §. 21 (p. 251 sq.). Er will selbst in Ansehung der bona castrensia des Freigelassenen oder Emancipierten die Ausschliessung der bonorum possessio contra tabulas des Patrons oder parens manumissor auf den Fall einschränken, da der Freigelassene oder Emancipierte als Soldat testiert hat und auch noch als solcher oder doch innerhalb des ersten Jahres seit der Verabschiedung gestorben ist. Er beruft sich dafür auf die L. 1 §. 4 D. cit. und die L. 42 §. 1 D. cit., hauptsächlich aber auf die Analogie der querela inofficiosi testamenti. Allein beiderlei Rechtsmittel sind so verschieden, dass ein Schluss von dem einen auf das andere nicht statthaft ist (s. auch unten §. 33), und jene Stellen beweisen nicht, was Retes daraus ableiten will. Dagegen geht die Unrichtigkeit seiner

Uebrigens steht die in Betreff der castrensischen Güter stattfindende Ausnahme in dem engsten Zusammenhange mit dem Rechte des castrense peculium, wie sich alsbald im Verfolge der Darstellung ergeben wird.

Ich komme zu dem andern, was, wie ich oben schon angedeutet, eigenthümliche Erscheinungen bei den Soldatentestamenten hervorbringt, nämlich zu der Regel, dass es bei diesen Testamenten nicht auf eine bestimmte Aeusserungsform des Willens, sondern allein auf den irgendwie erkennbaren Willen selbst ankommt. Dieser wichtige Satz zeigt hier seinen Einfluss in folgendem.

Eine ganze Reihe klarer Stellen lässt darüber keinen Zweifel, dass auch ein testierender Soldat seine sui entweder zu Erben einsetzen oder mit bestimmtem Willen von der Erbschaft ausschliessen muss. Ist keines von beiden geschehen, so tritt ganz die gewöhnliche Folge ein. Bei Uebergehung eines schon vorhandenen (filius) suus ist also das Testament nichtig; durch Entstehung eines übergangenen postumus suus wird es aufgehoben.[3]

Allein der Soldat braucht weder die Erbeinsetzung, noch selbst die Exheredation seiner sui in irgend einer bestimmten Form vorzunehmen. Namentlich gehört auch zur Exheredation von seiner Seite nichts weiter, als der erkennbare und erweisliche bestimmte Wille, einen suus von der Erbschaft auszuschliessen. Dieser Wille war aber unzweifelhaft vorhanden, falls er bei der Testamentserrichtung an den jetzigen oder künftigen suus gedacht, diesen jedoch trotzdem nicht zum Erben ernannt, sondern mit Stillschweigen übergangen hat. Ein solches Stillschweigen eines testierenden Soldaten unter solchen Umständen ist also nicht, wie bei einem Nichtsoldaten, dessen Wille nicht

---

Ansicht sehr entschieden aus der L. 37 §. 1 C. cit. hervor. Richtig ist die Darstellung bei Schmidt a. a. O. S. 62, 146 fg.

3) Von der Richtigkeit dieser Sätze wird man sich leicht überzeugen, sobald man nur unbefangen und mit Beachtung des im Texte sogleich weiter auszuführenden folgende Stellen liest: L. 7—9 pr., L. 33, L. 36 §. 2 D. de test. mil. 29, 1; L. 9, 10 C. eod. 6, 21; L. 12 pr. D. de bonis lib. 38, 2; §. 6 I. de exhered. lib. 2, 13 und Theophil. ad h. l.

anders berücksichtigt wird, als wenn er sich in einer bestimmten Ausdrucksform ausgesprochen, eine Präterition, sondern es ist eine wirkliche, gültige Exheredation, und natürlich kann daher auch nicht die Folge einer Präterition eintreten.

Hätte dagegen der Soldat eines suus in seinem Testamente nachweisbar bloss deshalb keine Erwähnung gethan, weil er nicht an ihn gedacht oder vielleicht von seinem Dasein gar nicht einmal etwas gewusst, so kann dann freilich in dieser Nichterwähnung nicht mehr der Wille einer Exheredation erblickt werden. Vielmehr ist hier der suus wirklich präteriert („per oblivionem praeteritus“, wie der §. 1 I. de exhered. lib. 2, 13 = Gai. II, 132 in einem ähnlichen Falle sagt). Der Testator hat ihn, selbst wenn man von allen Formen absieht und allein auf den Willen achtet, weder zum Erben eingesetzt, noch auch von der Erbschaft ausgeschlossen. Folglich kann denn aber auch die Wirkung der Präterition nicht ausbleiben.

Jedoch ist dabei noch folgendes zu beachten. Erfährt der Testator noch während seines Soldatenstandes das Dasein des präterierten suus oder die Entstehung des präterierten postumus, und giebt er trotzdem zu erkennen, dass er sein früheres Testament aufrecht halten wolle, so muss dieses, weil eben überall nur der Wille des Soldaten in Rücksicht kommt, als Errichtung eines neuen Testamentes mit dem frühern Inhalte, also jetzt mit geflissentlicher Ausschliessung des suus, angesehen werden. Auf diese mittelbare Weise gelangt dann also das Testament immer noch zur Geltung.

Zum Belege dieser Sätze berufe ich mich auf die in der vorigen Anmerkung genannten Stellen, wovon ich nur einige, die unzweideutigsten, hier wörtlich einrücken will.

L. 12 pr. D. de bon. lib. 38, 2: Ulp. lib. XLIV. ad Edict.: Si patronus testamento iure militari facto filium *silentio exheredaverit*, debebit nocere ei *exheredatio*; verum est enim, *hunc exheredatum esse*.

L. 9 C. de test. mil. 6, 21: Imp. Gordianus A. Valerio: Sicut certi iuris est, militem, qui scit se filium habere, aliosque scripsit heredes, *tacite eum exheredare* intelligi, ita si ignorans, se filium habere, alios scribat heredes,

non esse filio *ademtam* hereditatem, sed minime valente testamento, si sit in potestate, eum ad successionem venire, in dubiis non habetur.

§. 6 I. de exhered. lib. 2, 13: Sed si in expeditione occupatus miles testamentum faciat et liberos suos iam natos vel postumos *nominatim* non exheredaverit, sed *silentio* praeterierit non ignorans, an habeat liberos, *silentium eius pro exheredatione nominatim facta valere*, constitutionibus principum cautum est.

L. 7—9 pr. D. de test. mil. 29, 1: Ulp. lib. IX. ad Sabin.: Qui iure militari testatur, etsi ignoraverit praegnantem uxorem, vel non fuit praegnans, *hoc tamen animo fuit*, *ut vellet*, quisquis sibi nascetur, *exheredem esse*, testamentum non rumpitur.

Marcell. lib. X. Digest.: Idem est, et si arrogaverit filium, neposve successerit in locum filii.

Ulp. lib. IX. ad Sabin.: Idemque erit dicendum, et si nato filio vivo se maluit eodem testamento durante decedere; nam videtur iure militari *refecisse* testamentum.

Auch die L. 33 §. 2 D. eod. würde hier noch die wörtliche Mittheilung verdienen. Ich nehme davon Umgang, weil der Leser diese Stelle ohnehin auf einer der nächsten Seiten (S. 226) finden wird.[4]

---

4) Es ist auffallend genug, wenn Francke, Das Recht der Notherben S. 445 fg. und Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Comment. XLII. S. 77 ff. gerade aus den angegebenen Stellen den Satz ableiten, dass auf Soldatentestamente die Vorschriften des sog. formellen Notherbenrechtes überhaupt keine Anwendung fänden. Um so auffallender, als sie dadurch, um sich mit diesen Stellen nur einigermaassen abzufinden, zu einer grossen Inconsequenz genöthigt werden. Trotzdem nämlich, dass die Uebergehung von Kindern einem militärischen Testamente nichts schade, sollen dennoch wieder „die gewöhnlichen Grundsätze" eintreten, wenn die Uebergehung aus Irrthum geschehen. Aber ist denn die wissentliche und geflissentliche Uebergehung nicht eine Ausschliessung von der Erbschaft, also, sobald auf die Ausdrucksform nichts ankommt, eine wirkliche Exheredation? Francke und Mühlenbruch haben sich dadurch täuschen lassen, dass in dem §. 6 I. de exhered. lib. der Ausdruck praeterierit vorkommt, aber doch offensichtlich nicht in seiner technischen Bedeutung,

Nach der Erledigung dieser Vorfragen wende ich mich wieder meiner eigentlichen Aufgabe zu und will nun beweisen, dass der über sein castrense peculium testierende Haussohn ganz ebenso das Notherben- und Pflichttheilsrecht beobachten muss, wie wenn er unter übrigens gleichen Verhältnissen als paterfamilias testierte.

§. 31.

Zuvörderst muss auch der Haussohn, um den Rechtsbestand seines Testamentes zu sichern, auf seine sui die gehörige Rücksicht nehmen. Nur kann freilich bei einem solchen Testator niemals von bereits vorhandenen sui, sondern immer nur von postumi sui die Rede sein, weil ja die Kinder eines Haussohnes, und auch eines solchen, der Soldat ist und ein castrense peculium hat, nicht in seiner, sondern mit ihm in seines Gewalthabers Gewalt stehen.

Dergleichen mögliche postumi sui muss also der Haussohn vorsorglich entweder zu Erben einsetzen oder exheredieren, widrigenfalls durch ihre spätere Entstehung sein Testament vernichtet wird. Testiert er als Soldat, so bedarf es dazu gemäss den Erörterungen im vorigen Paragraphen, durchaus keiner besondern Form. Macht er dagegen sein Testament erst nach der Verabschiedung, so muss er auch den bekannten gehörigen Formen Genüge thun. Letzteres können wir freilich bloss aus mittelbaren Rückschlüssen folgern, wiewohl es darum nicht weniger feststeht; denn die hieher gehörigen Entscheidungen der Quellen gehen sämmtlich von der Voraussetzung aus, dass der Haussohn im Soldatenstande testiert. Ich will sie in Kürze angeben und so weit, als erforderlich, beleuchten.

Am meisten Schwierigkeit machte den Römern der folgende, anscheinend einfachste Fall. Ein Haussohn hat als Soldat über sein castrense peculium ein Testament errichtet und darin seinen in gleicher Gewalt mit ihm stehenden Sohn präteriert. Nach

---

sondern, wie schon die Verbindung mit „silentio" beweist, bloss in dem Sinne des äusserlichen Nichterwähnens. Ungleich richtiger ist die Darstellung von Retes cap. III. §. 24 (p. 252).

seiner Verabschiedung vom Heere stirbt sein Vater und zugleich Gewalthaber, so dass ihm nun selbst die Gewalt über den präterierten Sohn zufällt. Wird dadurch sein Testament aufgehoben? Diese Frage war unter den römischen Juristen keineswegs unbestritten. Und in der That, von allen Gattungen von Voraussetzungen, die man bisher als solche anerkannt, unter denen die Vernichtung eines Testamentes wegen nachträglicher Entstehung eines übergangenen suus eintreten müsse, war hier keine einzige vorhanden. Weder hatte man es mit späterer Geburt eines Kindes, noch mit dem Wegfall einer das Suitätsverhältniss hindernden Zwischenperson, noch endlich mit der Begründung eines solchen Verhältnisses durch Adoption oder conventio in manum zu thun. Indessen war es doch immerhin richtig, dass durch den Tod seines Vaters der Testator in seine unmittelbare Familiengewalt eine Person bekommen, die er vorher nicht darin gehabt hatte. In diesem entscheidenden Stücke kam der Fall mit jenen andern völlig überein. Mit Recht liessen daher die spätern klassischen Juristen auch hier das Testament zu nichte werden.

Die Nachricht von diesem Streite und seinen Gründen verdanken wir folgender, als L. 28 §. 1 D. de lib. et post. 28, 2 in den Digesten enthaltener Stelle aus Tryphonin's lib. XX. Disputationum:

> Filiusfamilias miles de castrensi peculio fecit testamentum habens filium in eiusdem potestate; quum militare desiisset, patre eodemque avo defuncto, quaesitum est, an rumpetur eius testamentum. Non quidem adoptavit, nec hodie ei natus est filius, nec priore subducto de potestate suo herede ulterior successit in proximum locum; sed tamen in potestate sua habere coepit, quem non habebat, simulque paterfamilias factus est et filius sub eius recidit potestate. Rumpetur ergo testamentum.[1]

Nunmehr ergab sich aber sofort eine neue Schwierigkeit. Wenn in dem gedachten Fall das Testament durch den Tod des Vaters und Gewalthabers des Testators aufgehoben ward,

---

1) Vgl. über die Stelle auch Francke, Das Recht der Notherben S. 40.

musste man dann nicht zu der gleichen Entscheidung gelangen, gesetzt auch, dass der Sohn des Testators in dem Testamente nicht übergangen, sondern eingesetzt oder exherediert war? Der Zweifel wurzelte in folgendem. Nach dem ältern Rechte und einer daran haftenden conservativern Ansicht, wie wir sie namentlich bei Gaius II, 138—143 antreffen, war dem Anspruche von sui des Testators noch nicht dadurch Genüge gethan, dass sie von ihm überhaupt zu Erben eingesetzt oder exherediert worden; sondern sie mussten gerade in ihrer Eigenschaft als sui eingesetzt oder exherediert sein. Trat daher eine zur Zeit der Testamentserrichtung schon vorhandene und in dem Testament eingesetzte Person später in ein Suitätsverhältniss zu dem Testator: so wurde, weil sie zur Zeit der Testamentserrichtung noch nicht suus gewesen, folglich auch nicht als ein solcher hatte eingesetzt werden können, das Testament nichts desto weniger vernichtet.[2] Für die Anhänger dieser Ansicht, und noch Tryphonin scheint nach einer sogleich mitzutheilenden Aeusserung zu ihnen gezählt zu haben, konnte es gar füglich in Frage kommen, ob nicht auch jenes Testament des Haussohnes durch den Tod seines Vaters unter allen Umständen müsse aufgehoben werden, selbst dann, wenn er seinen Sohn darin eingesetzt oder exherediert hätte. Tryphonin entschied sich jedoch für den Fortbestand des Testamentes. Denn erstlich war damals schon mehr und mehr die Meinung aufgekommen, dass es mit dem Erfordernisse der Einsetzung oder Exheredation des suus als eines solchen so strenge nicht zu nehmen.[3] Zweitens aber liess sich selbst von dem Standpunkte derer, welche an diesem Erfordernisse festhielten, geltend machen, dass die innern Gründe, aus denen das Beharren bei dem alten Grundsatze für die Regel gerechtfertigt erscheine, hier ausnahmsweise nicht zuträfen. Die meisten Fälle, in denen

2) S. Gai. II, 140—143. Francke a. a. O. S. 40 ff.; Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Comment. XXXVI. S. 279 ff.; Vangerow, Lehrb. der Pand. II. §. 468 Anm. 1 am Anf. (7. Aufl. S. 226); Schmidt, Recht der Notherben S. 16, 32 ff.

3) Vgl. L. 18 D. de iniusto, rupto 28, 3 von Cervidius Scävola, und L. 23 §. 1 D. de lib. et post. 28, 2 von Papinian. Francke, Mühlenbruch und Schmidt a. d. a. OO.

eine schon zur Zeit der Testamentserrichtung vorhandene Person späterhin suus des Testators werde, seien von der Art, dass letzterer auf ein solches späteres Verhältniss damals nicht wohl habe rechnen können. Denn gewöhnlich werde der spätere Eintritt in die Suität herbeigeführt durch ein Ereigniss, welches sich, als ein entweder, gleich späterer Adoption oder conventio in manum, ganz und gar zufälliges oder sogar, wie der spätere Wegfall eines in der Mitte stehenden Ascendenten, nach dem natürlichen und regelmässigen Gange der Dinge unwahrscheinliches, nicht oder doch mindestens nicht mit genügender Sicherheit habe erwarten und voraussehen lassen. Man dürfe daher mit gutem Grunde annehmen, dass der Testator jetzt unter diesen veränderten Umständen anders testieren und in Ansehung des jetzigen suus anders verfügen würde, als früher. Folglich könne aber das frühere Testament nicht mehr als der richtige Ausdruck seines letzten Willens anerkannt werden, und es sei also keine Härte, dieses Testament im Interesse des nunmehrigen suus für aufgehoben zu erklären. Ganz anders bei dem Haussohne, der in dem Testament über sein castrense peculium seinen Sohn zum Erben einsetze oder exherediere. Dass der Vater des Testators vor ihm sterbe und letzterer dadurch die Gewalt über seinen Sohn erlange, sei die natürliche Ordnung, worauf er bei der Errichtung seines Testamentes rechnen dürfe und müsse. Deswegen bestehe hier nirgends ein Anlass zu der Annahme, dass der Testator in Rücksicht seines Sohnes anders testieren würde, nachdem jene Erwartung sich erfüllt. Somit fehle denn aber auch jeder triftige Grund, das Testament nicht aufrecht zu erhalten.

Dass Tryphonin's Entscheidung wirklich aus diesen Erwägungen entsprungen, ergiebt sich aus dem folgenden Schlusssatze der L. 28 §. 1 D. cit.:

> Sed si heres sit institutus vel exheredatus iste eius filius, non rumpitur, quia *nullo circa eum novo facto*, *sed ordine quodam naturali* nactus est potestatem.[4]

---

4) Vgl. noch Francke a. a. O. S. 43 fg., der jedoch den hervorgehobenen Worten eine etwas andere Deutung giebt.

Gesetzt, der über sein castrense peculium testierende Haussohn hätte seinen mit ihm in der Gewalt seines Vaters stehenden Sohn präteriert, er geriethe dann in feindliche Gefangenschaft und stürbe darin, nachdem aber schon vorher sein Vater als römischer Bürger gestorben. Müssen wir dann gleichfalls das Testament, welches an sich zufolge der fictio legis Corneliae Geltung behalten hat, wegen des präterierten Sohnes für vernichtet erachten? Keinesweges; denn nach der fictio legis Corneliae ist alles so anzusehen und zu behandeln, als ob der Gefangene im Augenblicke der Gefangennahme gestorben wäre. Dieses aber angenommen, ergiebt sich, dass für die juristische Betrachtung der präterierte Sohn niemals suus seines Vaters geworden und überhaupt nie in die Gewalt desselben gekommen ist. So wird entschieden in einer aus dem lib. IX. Quaestionum entnommenen Stelle des Paulus, der L. 39 D. de test. mil. 29, 1:

> Si filiusfamilias miles captus apud hostes decesserit, dicemus, legem Corneliam etiam ad eius testamentum pertinere. Sed quaeramus, si pater eius prius in civitate decesserit relicto nepote ex filio, an similiter testamentum patris (d. i. des Kriegsgefangenen, also des Vaters des Enkels) rumpatur? Et dicendum est, non rumpi testamentum, quia ex eo tempore, quo captus est, videtur decessisse.[5]

Dem bisher besprochenen Fall, da ein bei der Errichtung des Testamentes vorhandenes Kind des Haussohnes in diesem Testament übergangen ist, steht sehr nahe der andere, wenn einem Haussohne nach der Testamentserrichtung, aber doch noch bei seinen eigenen wie auch seines Vaters und Gewalthabers Lebzeiten, ein in jenem Testament übergangenes Kind geboren wird. Natürlich wird dadurch das Testament zunächst nicht vernichtet. Denn das Kind ist ja durch seine Geburt nicht in die Gewalt seines Vaters, des Testators, sondern in diejenige seines Grossvaters gekommen. Eben so wenig kann aber zunächst seine Geburt einen Einfluss auf das Testament dieses letztern haben, auch

---

5) Vgl. die Glosse zu der Stelle, worin sie ganz richtig erklärt wird.

wenn es darin ebenfalls präteriert wäre, da das Kind zwar in die Gewalt des Grossvaters, aber doch nicht, wie es zur Aufhebung seines Testamentes erforderlich wäre, in seine unmittelbare Gewalt getreten ist. Ueberlebt jedoch das Kind einen von jenen beiden, so muss im spätern Verlaufe sein Dasein nothwendig auf eines der beiden Testamente vernichtend wirken. Und zwar angenommen, dass sein Grossvater bei Lebzeiten des Enkels vor dem Vater stirbt, so wird das Testament des letztern aufgehoben, weil jener Todesfall sein Kind in seine Gewalt gebracht und zu seinem suus gemacht hat. Setzen wir dagegen, der Vater stirbt bei Lebzeiten des Kindes vor dem Grossvater, so wird durch den Wegfall der Zwischenperson ein Suitätsverhältniss zwischen Enkel und Grossvater hergestellt, und dieses muss denn nach bekannten Grundsätzen die Aufhebung des grossväterlichen Testamentes zur Folge haben. Niemals aber kann das Dasein des Enkels eine Aufhebung der beiden Testamente, des väterlichen und des grossväterlichen, bewirken. Selbst in dem Falle nicht, wenn etwa Grossvater und Vater in dem nämlichen Augenblicke sterben sollten. Vielmehr müssten dann die beiden Testamente aufrecht bleiben, weil solchen Falles der Enkel niemals suus weder seines Grossvaters, noch auch seines Vaters gewesen ist.

Von diesen Fragen handelt Tertullian in der L. 33 §. 1 und 3 D. de test. mil. 29, 1 (aus dem lib. sing. de castrensi peculio):

> Sed si filiusfamilias miles fecisset testamentum, deinde postea vivo eo et adhuc avo quoque superstite nasceretur ei postumus, non rumpitur eius testamentum, quia, quum id, quod nasceretur, in potestate eius non perveniret, non videtur suus heres agnasci. Ac ne avo quidem suo hunc nepotem postumum, quum vivo filio nasceretur, suum heredem protinus agnasci, et ideo nec avi testamentum rumpi, quoniam, licet in potestate avi protinus esse inciperet, tamen antecederet eum filius.
>
> (§. 3) Sed et si vivo avo nascatur postumus, hic non rumpet continuo patris testamentum; si supervixerit post mortem avi vivo adhuc patre, rumpet, quod novus illi nunc primum

heres agnascitur: ita tamen, ut nunquam possit duorum simul testamenta rumpere, et avi et patris.[6]

Es bleibt endlich noch ein weiterer Fall, der einfachste von allen und der auch offenbar den römischen Juristen die wenigste Schwierigkeit bereitet hat. Nämlich der Fall, wenn dem Haussohn, der über sein castrense peculium ein Testament gemacht hat, erst nach dem Tode seines Vaters und Gewalthabers ein in jenem Testament übergangenes Kind geboren wird. Kein Zweifel, dass dann die Aufhebung des Testamentes erfolgt. Ist der Testator freilich jetzt noch Soldat, und giebt er seinen Willen zu erkennen, dass das Testament gleichwohl fortgelten soll, so muss dieses als ein jetzt mit absichtlicher Ausschliessung des Kindes von neuem errichtetes und folglich zu Rechte beständiges Testament angesehen und behandelt werden. Tertullian sagt dieses mit überflüssiger Weitläufigkeit in dem princ. und dem §. 2 der angeführten Stelle:

Si filiusfamilias miles fecisset testamentum more militiae, deinde post mortem patris postumus ei nasceretur, utique rumpitur eius testamentum. Verum si perseverasset in ea voluntate, ut vellet adhuc illud testamentum valere, valiturum illud, quasi rursum aliud factum, si modo militaret adhuc eo tempore, quo nasceretur illi postumus.

(§. 2) Secundum quae, si filiusfamilias miles testamentum fecerit et omiserit postumum per errorem, non quod volebat exheredatum, deinde postumus post mortem avi vivo adhuc filio, id est patre suo, natus fuerit, omnimodo rumpet illius testamentum. Sed si quidem pagano iam illo facto natus sit, nec convalescet ruptum; si vero militante adhuc natus fuerit, rumpetur, deinde si voluerit ratum illud esse pater, convalescet sic, quasi denuo factum.[7]

§. 32.

Aber nicht allein das sog. formelle Notherbenrecht, sondern auch das Pflichttheilsrecht muss der über sein castrense peculium

6) Vgl. glo. Ut nunquam ad h. l.

7) Vgl. über die ganze L. 33 D. cit. auch Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Comment. XLII. S. 80 fg.

testierende Haussohn ganz ebenso, wie unter übrigens gleichen Umständen ein paterfamilias, beobachten.

Nur kann natürlich, und zwar folgt dieses gerade aus unserm Grundsatze, von einem Pflichttheilsrechte des Vaters, wie es gegenüber einem Emancipierten dem parens manumissor zustand, und von der damit Hand in Hand gehenden bonorum possessio contra tabulas hier keine Rede sein. Denn der Vater ist ja hier nicht manumissor; der Sohn befindet sich nach wie vor in seiner Gewalt. Ueber diese Frage kann auch denkbarer Weise kein Zweifel unter den römischen Juristen bestanden haben, und es ist daher sehr begreiflich, dass wir nicht einer einzigen Stelle begegnen, in welcher jener Satz ausdrücklich ausgesprochen wäre; man müsste denn etwa eine solche erblicken wollen in der kurzen Bemerkung der L. 10 D. h. t. 49, 17 (Pompon. lib. sing. Regul.):

> Ex nota Marcelli constat, nec patribus aliquid ex castrensibus bonis filiorum deberi.

Es dürfte indessen wohl richtiger sein, auch diesen Ausspruch, mindestens im Sinne seines ursprünglichen Verfassers, nur auf das oben (S. 214 ff.) besprochene Privilegium zu beziehen, welches dem Emancipierten gegenüber seinem parens manumissor in Ansehung der castrensia bona zukam.[1]

Ich habe bei der Besprechung dieses Privileges gesagt, dass es mit dem Rechte des castrense peculium in einem nahen Zu-

---

1) Von dem über sein castrense peculium testierenden Haussohne versteht die Aeusserung Mühlenbruch, Fortsetzung von Glück's Comment. XXXV. S. 198. Nicht wenige Schriftsteller haben aber der Stelle noch eine ganz andere, viel weiter gehende Bedeutung beigemessen und in ihr geradezu den obersten leitenden Grundsatz für die Beurtheilung der Stellung des Sohnes und des Vaters zu dem castrense peculium erblickt. So schon die Glosse zu der Stelle nach den von ihr angeführten Parallelstellen; ferner Franc. Balduin. ad Inst. II, 9 per quas pers. verb. „Castrensibus peculiis"; Hotmannus in §. 1 I. per quas. pers. 2, 9 verb.: „Quidquid ad eos pervenerit" sub fin. und in pr. I. quib. non est perm. 2, 12 verb. „neque patrem adimere posse"; Anton Faber, Iurisprud. Pap. tit. XI. princ. VI. ill. 13; Retes cap. III. §. 1 (p. 247); Majansius §. 17 (p. 268 in fine).

sammenhange stehe. Hier ist der Ort, den Zusammenhang darzulegen. Dieser ist aber ein überaus einfacher.

Der Haussohn hatte bei der letztwilligen Verfügung über sein castrense peculium seinem Vater gegenüber Anfangs eine günstigere Stellung und freiere Hand, als der emancipierte Sohn, welcher, selbst wenn er als Soldat und als solcher sogar bloss über seine bona castrensia testierte, stets auf seinen parens manumissor und die ihm zustehende bonorum possessio contra tabulas Rücksicht zu nehmen hatte. Diese Ungleichheit wollte Antoninus Pius nicht länger fortbestehen lassen. Deshalb verordnete er: in Betreff derjenigen Güter, welche bei einem Haussohne castrense peculium geworden sein würden, solle auch der emancipierte Sohn frei testieren dürfen, ohne eine bonorum possessio contra tabulas seines parens manumissor besorgen zu müssen.[2] Dieses wurde dann auch, vielleicht durch die Jurisprudenz, auf Freigelassene aus der Sklaverei ausgedehnt. (S. 214 fg.)

Die Vergünstigung erstreckte sich auf die nämlichen Güter, welche bei einem Haussohn zum castrense peculium gehört haben würden. Das waren aber zu der Zeit des Pius bloss diejenigen, welche der Haussohn als Soldat „in castris acquisierat“, und diese allein wurden daher durch jene Verordnung der bonorum possessio contra tabulas des parens manumissor und des Patrons enthoben. (S. 35.) Dabei blieb man denn auch, oder blieben wenigstens manche Juristen, noch am Ausgange der klassischen Zeit, wiewohl mittlerweile das castrense peculium um einen neuen Hauptbestandtheil, die Geschenke beim Abgange zum Kriegsdienste, vermehrt, nunmehr also wiederum eine Ungleichheit in der Stellung des Haussohnes und des emancipierten Sohnes zu Ungunsten des letztern eingetreten war.[3]

Auch Justinian giebt in der L. 37 §. 1 C. de inoff. test. 3, 28 als Güter, in Ansehung deren dem Patron keine bonorum possessio contra tabulas zukomme, wörtlich nur diejenigen an,

---

2) L. 30 D. de test. mil. 29, 1 (S. 215). Vgl. auch L. 1 §. 4 D. si a parente 37, 12.

3) Vgl. L. 3 §. 6 D. de bon. libert. 38, 2 von Ulpian (S. 215). Vgl. auch S. 42.

„quas libertus eius ex castris quaesivit“. Müssen wir demzufolge selbst noch im Justinianischen Rechte das Privileg des Emancipierten und des Freigelassenen auf diejenigen Erwerbungen beschränken, welche bloss dem einen, ältern Hauptbestandtheile des castrense peculium (acquisita in castris) entsprechen? Kein innerer Grund spricht für eine solche Einschränkung. Ueberdies lässt sich bemerken, dass in dem pr. I. quib. non est perm. 2, 12 der Ausdruck „id quod in castris acquisivit miles“ mehrfach abwechselnd und als ganz gleichbedeutend mit „castrense peculium“ gebraucht wird. Wir dürfen und müssen daher diesem Ausdruck im Munde und Sinne Justinian's und seiner Juristen neben seiner engern auch noch eine weitere Bedeutung beimessen, in welcher er den Gesammtinhalt des castrense peculium vollkommen deckt und erschöpft. (S. 33 und 89.) Folglich dürfen wir denn aber annehmen, dass auch die von jenem Privilegium des Emancipierten und des Freigelassenen handelnden Stellen aus der klassischen Zeit von Justinian und seinen Juristen in dem nämlichen weitern Sinne verstanden und in das Corpus iuris eingesetzt worden seien. Und dass Justinian selbst in der L. 37 §. 1 C. cit. wirklich an alle diejenigen Erwerbungen des Freigelassenen denkt, welche dem Gesammtinhalte des castrense peculium entsprechen, möchte nicht undeutlich daraus erhellen, dass er die „res, quas libertus ex castris quaesivit“ alsbald mit „huiusmodi peculium“ bezeichnet, was doch kaum anders wird gedeutet werden können, als dass er darin ein vollkommenes Spiegelbild des castrense peculium erblickt.

Wir gelangen also zu dem Ergebnisse, dass nach dem Justinianischen Rechte die bonorum possessio contra tabulas des Patrons und des parens manumissor in Rücksicht aller derjenigen Erwerbungen des Freigelassenen oder Emancipierten ausgeschlossen ist, welche, gesetzt dass letzterer ein Haussohn wäre, castrense peculium geworden sein würden, ohne Unterschied des einen oder des andern Hauptbestandtheils eines solchen.

§. 33.

Wenn gegenüber dem Testament eines Haussohns über sein castrense peculium sein Vater nicht das Pflichttheilsrecht eines

parens manumissor für sich in Anspruch nehmen konnte: so ist damit noch keineswegs gesagt, dass ihm gegen ein solches Testament überhaupt gar kein Pflichttheilsrecht zugestanden. Vielmehr ist es eine noch völlig offene Frage, ob er nicht in der Zeit, welche uns hier zunächst beschäftigt, mindestens den gewöhnlichen, den Eltern als solchen gebürenden Pflichttheil habe begehren dürfen, und ob also nicht überhaupt auch dergleichen Testamente von Haussöhnen in der gewöhnlichen Weise mittels der querela inofficiosi anfechtbar gewesen. Von dem einen ist in der That auf das andere durchaus nichts zu schliessen. Beides sind Dinge ganz verschiedener Art, und als solche werden sie auch von Ulpian in der L. 1 §. 6 D. si a parente quis 37, 12 (S. 236) scharf aus einander gehalten.[1] Ferner kann es im Angesichte dieser Stelle und der L. 8 §. 3 D. de inoff. test. 5, 2 (S. 237) keinem Zweifel unterliegen, dass gegen das Testament eines Emancipierten, welches dieser als veteranus gemacht und worin er seinen Vater (ich setze ihn als parens manumissor) nicht bedacht hat, letzterer die querela inofficiosi testamenti gebrauchen konnte, selbst unter der Voraussetzung, dass der Testator kein anderes, als castrensisches Vermögen gehabt hätte, so dass für das besondere Pflichttheilsrecht des parens manumissor und die entsprechende bonorum possessio contra tabulas kein Raum gewesen wäre.

Die Frage nach dem Verhalten des castrense peculium zu der querela inofficiosi bedarf daher einer ganz selbständigen Erörterung, und jede Vermengung mit jenem Pflichttheilsrechte des parens manumissor, wie man sie z. B. bei Mühlenbruch in der

---

1) Dass in dieser Stelle von dem Gegensatze der bonorum possessio contra tabulas des parens manumissor und der querela inofficiosi testamenti des Vaters als solchen die Rede sei, lässt sich nach meinem Erachten nicht verkennen, wenn auch dieses zweite Rechtsmittel nicht geradezu genannt, sondern nur durch eine Umschreibung bezeichnet wird. Vgl. Ramos del Manzano ad Legg. Iul. et Pap. lib. IV. reliq. XVII. nr. 11 (in Meerman Thesaur. V. p. 467); Retes, Opusc. lib. I. cap. XXII. nr. 21 (ibid. VI. p. 76); Adolph Schmidt, Das Pflichttheilsrecht des Patronus etc. S. 136 ff., wo auch von einer abweichenden Auslegung Francke's die Rede ist. Ebenfalls abweichend, aber gänzlich verunglückt ist die Erklärung Anton Faber's, Iurispr. Papin. tit. XI. princ. X. ill. 4.

Fortsetzung von Glück's Commentar XXXV. S. 198 ff. antrifft, muss nothwendig zur Verwirrung führen. Diese Frage gehört aber zu den sehr streitigen, und sie ist gerade in der Gegenwart wieder lebhaft verhandelt worden.[2] Um so eher wird eine etwas eingehendere Besprechung gerechtfertigt sein.

Die unverkennbaren Schwierigkeiten der Frage haben aber vornehmlich darin ihren Grund, dass Justinian durch ein bekanntes, nicht eben durch glückliche Satz- und Gedankenverbindung ausgezeichnetes Gesetz, die L. 37 C. de inoff. test. 3, 28, gegen jedes Testament eines Haussohnes über ein quasi castrense peculium die Querel ausgeschlossen hat. Was damit eigentlich neues eingeführt worden, und wie weit sich die Neuerung erstrecke, ist nicht recht klar zu erkennen. Daneben müssen wir aber wegen dieses vor der Abfassung der Digesten erlassenen Gesetzes überall auf Interpolationen gefasst sein. Unter so bewandten Umständen sehen wir uns hier vor allen Dingen auf allgemeine Erwägungen und Rückschlüsse von analogen Verhältnissen hingewiesen.

Stellen wir uns aber auf einen allgemeinen Standpunkt, so werden wir nach Maassgabe des Grundsatzes, den wir bisher überall bewährt erfunden, von vornherein geneigt sein zu sagen: Die querela inofficiosi findet gegen das Testament eines Haussohnes ganz in denselben Fällen und unter den gleichen Voraussetzungen statt, wie gegen das Testament eines paterfamilias. Nun sind Testamente von Soldaten der Querel nicht ausgesetzt, falls der Testator noch als Soldat oder doch innerhalb eines Jahres seit ehrenhafter Verabschiedung gestorben.[3] Mithin scheint sich die Sache sehr einfach folgendermaassen zu stellen: Testiert der Haussohn während des Soldatenstandes, und erfolgt auch sein Tod noch während desselben oder binnen eines Jahres nach der Entlassung, so kann das Testament mit der querela inofficiosi nicht angegriffen werden. Allerdings aber ist eine solche An-

2) S. auf der einen Seite Francke, Das Recht der Notherben §. 35 (S. 446 ff.), auf der andern Mühlenbruch a. a. O.

3) L. 9 C. de inoff. test. 3, 28 (Alexander); L. 8 §. 4, L. 27 §. 2 D. eod. 5, 2 (Ulp.). Vgl. L. 8 §. 3 D. eod.

fechtung statthaft, wenn das Testament erst nach der Verabschiedung errichtet wurde, oder wenn bei dem Tode des Testators bereits über ein Jahr seit seiner Verabschiedung verflossen war. Wem sie dann zukomme, das hängt wiederum davon ab, ob der Testator noch als Haussohn, oder ob er bereits als Gewaltfreier verstorben ist. Ersten Falles kann die Querel bloss von dem Vater erhoben werden, weil kein anderer als er ein Interesse daran hat; denn bei Vernichtung des Testamentes fällt ihm allein und ausschliesslich das castrense peculium nach Peculienrecht anheim. War dagegen der Testator bei seinem Tode schon gewaltfrei, sei es durch früheres Ableben des Vaters, sei es durch Emancipation, so sind zur Querel je nach den Umständen und in Gemässheit der gewöhnlichen Regeln entweder seine Kinder, oder sein Vater, oder auch möglicherweise seine Mutter, oder weitere Ascendenten, oder endlich sogar seine Geschwister berechtigt.[4]

Der einzige Einwand, der sich hiegegen etwa denken liesse, und der von Mühlenbruch (a. a. O. S. 205, 209) wirklich gemacht wird, könnte nur allenfalls derjenige sein, dass in der Zeit, mit welcher wir es hier zu thun haben, ein Haussohn auch in Ansehung seines castrense peculium noch nicht ab intestato beerbt worden sei. Ohne Intestaterbrecht gebe es aber kein Pflichttheilsrecht, und folglich müsse es als selbstverständlich betrachtet werden, dass gegen das Testament eines Haussohnes über sein castrense peculium eine querela inofficiosi nicht möglich gewesen. Allein dieser Einwand ist schwerlich zutreffend. Denn es ist eine ganz willkürliche Annahme, dass die querela inofficiosi allemal gerade durch eigentliches Intestat e r b r e c h t nothwendig bedingt sei. In der Regel freilich wird ein Pflichttheilsberechtigter der Querel nur dann mit Erfolg sich bedienen können, wenn er zugleich im gegebenen Fall der nächste Intestaterb-

4) Und zwar in der Zeit, welche hier zunächst in Frage steht, noch nicht bloss die vollbürtigen und die Halbgeschwister von Vaters Seite, sondern alle Geschwister; denn jenes ist erst von Constantin eingeführt. S. L. 1 Th. C. de inoff. test. 2, 19; L. 27 C. eod. 3, 28. Francke, Das Recht der Notherben S. 173 fg.

berechtigte ist, weil er ja sonst an der Umstossung des Testamentes gar kein Interesse hätte. Hat er aber einmal ausnahmsweise auch ohne eigentliches Intestaterbrecht ein solches Interesse, warum sollte er dann die Querel nicht gebrauchen dürfen? Nun ist in unserm Falle auf Seite des Vaters ein solches Interesse gar nicht zu verkennen. Zwar wird er, wenn der Haussohn noch als solcher ohne gültiges Testament verstirbt, nicht gerade sein Erbe, sondern das castrense peculium kommt ihm iure peculii zu. Allein deshalb ist er doch gewiss um nichts minder derjenige, welcher von der Aufhebung des Testamentes den nächsten Vortheil hat. Warum also, frage ich, soll ihm die Querel nicht zugänglich sein? Oder hätte vielleicht Mühlenbruch auch noch daran gedacht, dass doch die querela inofficiosi testamenti nichts anderes als eine einigermaassen besonders geartete hereditatis petitio sei? [5] Allein auch davon kann ich nur so viel zugeben, dass die Querel regelmässig in Verbindung mit der hereditatis petitio auftritt. Denn die Querel selbst ist überhaupt kein Rechtsmittel von bestimmter processualischer Form, so wenig als die querela non numeratae pecuniae ein solches ist; sondern sie besteht einfach in der Anführung, das Testament sei ein pflichtwidriges und als solches für ungültig zu erklären, — eine Anführung, welche übrigens in der verschiedensten Form und Verbindung vorkommen kann. Der Beweis dafür liegt schon in der ganz allgemeinen Benennung „querela“, welche eben eine Beschwerde, eine Anführung im Processe, und, wo sie ständiger Kunstausdruck ist, namentlich ein nicht nach seiner processualischen Form, sondern lediglich nach seinem Inhalte bestimmtes Rechtsmittel bezeichnet. Als Bestätigung kommt aber noch der Umstand hinzu, dass nach der ganz unzweideutigen Erklärung Ulpian's in der L. 8 §. 13 D. de inoff. test. 5, 2 die querela inofficiosi nicht bloss von Seite des Klägers, sondern eben so wohl nach Umständen auch exceptionsweise von Seite des verklagten Besitzers der Erbschaft erhoben

---

5) Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 349 ff. Es ist die herrschende Ansicht. S. die Nachweisungen bei Vangerow, Lehrb. der Pand. II. §. 478 (7. Aufl. S. 264).

werden kann, und in diesem Fall darf doch von einer hereditatis petitio, sei es einer qualificierten oder einer einfachen, gar keine Rede sein.[6] Warum sollte also die Querel nicht auch einmal in Gesellschaft einer andern Klage, als gerade der hereditatis petitio, auftreten können und dürfen?

Wie wenig engherzig aber die Römer gerade bei dergleichen Fragen verfuhren, erhellt am besten aus folgendem Umstande, der mich zugleich jeder weitern Widerlegung der von Mühlenbruch geltend gemachten allgemeinen Gründe überhebt. Vor Justinian's Nov. 18 bestand ein enger Zusammenhang zwischen dem Pflichttheil und der quarta Falcidia, so dass jener öfters geradezu quarta Falcidia genannt wird.[7] Nun war bei Intestatcodicillen auch die Falcidia nach dem Intestaterbtheil zu berechnen, setzte daher eigentlich wirkliches Intestat e r b r e c h t voraus. Wie also, wenn ein Haussohn über sein castrense peculium zwar kein Testament errichtet, aber in Intestatcodicillen seinem Vater Singularfideicommisse oder auch die Herausgabe des castrense peculium an einen Dritten als Universalfideicommiss auferlegt hatte? (§. 29 Anm. 4.) Angenommen, die römischen Juristen hätten auf dem gleichen strengen Standpunkte, wie Mühlenbruch, gestanden: so hätten sie offenbar dem Vater auch keine quarta Falcidia zubilligen können. In der That ist ihnen die scheinbare Schwierigkeit nicht entgangen. Aber dennoch nahmen sie hier, wie in andern Fällen, keinen Augenblick Anstand, die Form dem Wesen, das Wort der Sache zu opfern, und folglich dem Vater das Recht des Abzuges der quarta Falcidia einzuräumen. Zum Beweise dient die L. 18 D. ad L. Falcid. 35, 2 aus Paul. lib. XI. Quaest., eine in vieler Hinsicht so lehrreiche und zugleich bei der nahen Beziehung des Pflicht-

---

6) Vgl. über dieses alles die gründlichen Erörterungen von Gneist, Die formellen Verträge S. 65 ff., bes. S. 76, 78. Mir scheinen sich dadurch die neuerdings wieder von Hartmann, Ueber die querela inofficiosi testamenti. Basel 1864, angeregten Streitigkeiten über die Natur der querela inofficiosi in eben so einfacher als befriedigender Weise zu erledigen.

7) S. z. B. L. 31 C. de inoff. test. 3, 28; L. 5 §. 3 C. ad L. Iul. maiest. 9, 8. Vgl. L. 8 §. 9, 11 D. de inoff. test. 5, 2; Paul. IV, 5 §. 5; L. 21 C. fam. erc. 3, 36. Mühlenbruch a. a. O. S. 236.

theils zu der quarta Falcidia für unsere eigentliche Frage selbst so wichtige Stelle, dass ich mir nicht versagen kann, wenigstens das princ. vollständig hierherzusetzen. Es lautet so:

> Filiusfamilias, qui militaverat, decedens patris sui fidei commisit codicillis, ut peculium suum castrense Titio post mortem restitueret. Quaerebatur, an ut heres quartam deducere possit? Dixi, legem Falcidiam inductam esse a Divo Pio etiam in intestatorum successionibus propter fideicommissa; sed in proposito *nec hereditatem esse*, quamvis placeret mihi, extraneo herede instituto fieri hereditatem aditione eius, nam quum apud patrem remanet, ius pristinum durat *et peculium est.* Nec huic contrarium est, quod in testamento eius, qui apud hostes decessit, exercetur Falcidia; nam fictio legis Corneliae et hereditatem et heredem facit. Sed *me non dubitare*, quin debeat id quoque indulgeri legis beneficium, siquidem quasi patrisfamiliae bona restituere cogitur, et heres scriptus, omissa ex testamento aditione, exemplo edicti legatorum nomine convenietur.[8]

Durch die bisherigen Erörterungen sind nicht allein die allgemeinen Bedenken Mühlenbruch's widerlegt, sondern wir haben überdies in der Analogie der quarta Falcidia bereits eine sehr kräftige positive Unterstützung des Ergebnisses erhalten, welches ich von vornherein aus allgemeinen Rücksichten als das wahrscheinliche hingestellt.

Eine weitere Bestärkung liegt in dem gleichfalls schon berührten Umstande, dass das Testament eines paterfamilias veteranus der Querel unterworfen ist, selbst dann, wenn der Testator kein anderes Vermögen besessen, als castrensisches. Dürfen wir glauben, dass die Kaiser, welche im Hinblick auf das castrense peculium die bonorum possessio contra tabulas des Patrons und des parens manumissor in Betreff der castrensischen Güter aufgehoben, in Ansehung dieser Güter die querela inofficiosi hätten fortbestehen lassen, gesetzt dass diese gegen das

8) Ausführliche Erklärungen s. bei Cujacius, Comment. in l. XI. Quaest. Pauli ad h. l.; Ant. Faber, Iurispr. Pap. tit. XI. pr. IX. ill. 5; Retes, cap. VIII. §. 10, 11 (p. 267 sq.).

Testament eines filiusfamilias veteranus nicht möglich gewesen wäre? Dann hätten in Rücksicht der castrensischen Erwerbungen Haussöhne ja immer noch eine freiere und günstigere Stellung gehabt, als Gewaltfreie. Gerade dieses ungleiche Verhältniss wollten aber die Kaiser beseitigen.

Zu dem allem treten nun auch noch ausdrückliche Quellenzeugnisse hinzu. Zuvörderst die oben schon genannte L. 1 §. 6 D. si a parente quis 37, 12:

> Ulp. lib. XLV. ad Edict.: Patrem autem accepta contra tabulas bonorum possessione et ius antiquum, *quod et sine manumissione habebat*, posse sibi defendere, Iulianus scripsit; nec enim ei nocere debet, quod iura patronatus habebat, *quum sit et pater*.

Passt dieser Ausspruch nicht vollkommen auch auf den Vater des Haussohns, welcher über sein castrense peculium testiert? Wenn die querela inofficiosi wegen Verkürzung im Testament eines Kindes dem Vater als solchem ohne jede weitere Voraussetzung zukommt, so muss sie ihm offenbar und folgerecht auch gegenüber seinem Hauskinde zukommen, sobald nur sonst die erforderlichen Bedingungen vorhanden sind. Dieses ist aber in Ansehung des castrense peculium der Fall, weil der Haussohn darüber gleich einem Gewaltfreien letztwillig verfügen kann.

Sodann kommt in Betracht das folgende als L. 24 C. de inoff. test. 3, 28 in den Codex aufgenommene Rescript von Diocletian und Maximian:

> Testamentum *militis* filiifamilias in castrensi peculio factum neque a patre neque a liberis eius per inofficiosi querelam rescindi potest.

Hätte überhaupt das Testament eines Haussohnes über sein castrense peculium, sei er miles oder veteranus, mit der querela inofficiosi nicht angegriffen werden können: so wäre doch gar nicht abzusehen, wie die Kaiser hätten dazu kommen sollen, den ganz leeren Beisatz „militis" zu machen und durch die ganze Art der Wortstellung überdies noch besonders zu betonen und hervorzuheben. Dieser Beisatz erklärt sich also nur, falls man annimmt, dass die Eigenschaft des Testators als eines Soldaten

ein wesentliches Stück der Entscheidungsgründe ausmachte, und wenn irgendwo, so sind daher hier die Bedingungen für den Schluss vom Gegentheil gegeben, dass die Kaiser gegen das Testament eines filiusfamilias veteranus die Querel würden zugelassen haben. Was Mühlenbruch (S. 204 Anm. 61 und S. 208 fg.) hiegegen vorbringt, ist sehr wenig triftig; und nur eines liesse sich, so viel ich sehe, mit einer gewissen Berechtigung einwenden. Man könnte nämlich sagen: in dem jenen Kaisern zur Entscheidung vorgelegten Fall sei vielleicht der Testator bereits als paterfamilias gestorben, worauf sogar die Erwähnung der Kinder neben dem Vater hinzudeuten scheine, und möglicherweise sei der ganze Zweifel, den das Rescript habe erledigen wollen, gerade bloss durch diesen Umstand veranlasst worden. Seltsam genug freilich, dass dann die Kaiser gerade die Hauptsache völlig verschwiegen hätten. Auch sonst scheint die Fassung des Rescriptes zu der Annahme einer solchen Sachlage wenig zu stimmen, und die Erwähnung der Kinder könnte leicht auf Interpolation in Rücksicht auf das spätere Recht beruhen. (§. 45.) Indessen, wie gesagt, eine gewisse Berechtigung ist diesem Einwande nicht abzusprechen. Um so weniger, als man dem aus der L. 24 C. cit. hergenommenen Schlusse vom Gegentheil einen andern aus der L. 8 §. 3 D. de inoff. test. 5, 2 gezogenen entgegenstellen könnte. Die Digesten lassen nämlich den Ulpian hier folgendes sagen:

> Papinianus libro II. Responsorum ait, contra *veterani patrisfamilias* testamentum esse inofficiosi querelam, etsi ea sola bona habuit, quae in castris quaesierat.[9]

---

9) Mühlenbruch S. 207 legt begreiflich auf diese Stelle sowie auf das dazu gehörige Scholion der Basiliken ein grosses Gewicht. Daneben beruft er sich auf die L. 10 D. h. t. 49, 17 (S. 227). Allein diese letzte Stelle kann ich hier als Beweisgrund gar nicht gelten lassen, weil sie ohne Einschränkung verstanden jedenfalls zu viel beweisen würde. Denn sie würde auch beweisen, dass ein *paterfamilias* veteranus, welcher bloss castrensia bona hinterlässt, an gar kein Pflichttheilsrecht gebunden wäre. Das wäre aber doch offensichtlich falsch und stünde mit der L. 8 §. 3 D. cit. in schreiendem Widerspruche. Kann man aber einmal über eine einschränkende Auslegung nicht hinwegkommen, so ist nicht abzusehen, warum man dann gerade auf halbem Wege stehen bleiben müsste, und warum

Der Beisatz „patrisfamilias" kann hier eben so wenig für einen absichts- und bedeutungslosen angesehen werden, als das Wort „militis" in der L. 24 C. cit. Wir müssen also zugeben, dass die Stelle mittelbar gegen das Testament eines veteranus filiusfamilias die Querel für unstatthaft erkläre.

In dieser misslichen Lage verschafft uns glücklicher Weise eben das Gesetz Justinian's, welches ich oben als die vornehmlichste Quelle der vorhandenen Schwierigkeiten hingestellt, die L. 37 C. de inoff. test. 3, 28, eine Hülfe. Freilich nur, wenn man dieses in seiner Fassung sehr mangelhafte Gesetz genau und völlig unbefangen betrachtet. Ich will zuvörderst den Gedankengang, wie er mir bei einer solchen Betrachtung erscheint, vollständig entwickeln.

Nachdem durch alte Gesetze, sagt Justinian, bestimmt sei, dass „militaria testamenta" der querela inofficiosi nicht ausgesetzt seien, so tauchten in vielen andern Fällen Zweifel auf, die beschwichtigt werden müssten. Die castrensia peculia im weitern Sinne dieses Wortes zerfielen nämlich wieder in zwei Unterarten, so dass es im ganzen drei Arten von Peculien gebe: das peculium paganum, das peculium castrense in dem engern Verstande, endlich ein peculium, welches zwischen diesen beiden die Mitte halte und quasi castrense peculium heisse. Der Unterschied namentlich des castrense und quasi castrense peculium bestehe darin, dass über jenes nach militärischem, über dieses dagegen, wenn überhaupt, so doch jedenfalls nur nach dem gewöhnlichen, gemeinen Rechte (communi et licito et consueto ordine observando) testiert werden dürfe.[10] Eine solche Testierbefugniss über ihr quasi

---

man nicht berechtigt wäre, die Stelle, mindestens im Sinne ihres ursprünglichen Urhebers, nur auf das Privileg zu beziehen, welches Antoninus Pius dem Emancipierten in Ansehung seiner castrensia bona gegenüber seinem parens manumissor verliehen. (S. 227.) In die Digesten allerdings, und darauf deutet sogar positiv die Einreihung in den Titel de castrensi peculio hin, mag sie in einem andern weitern Sinn und im Hinblick auf die L. 37 C. de inoff. test. 3, 28 und die darin von Justinian gegebene Vorschrift aufgenommen worden sein; möglicherweise nicht ohne eine Interpolation.

10) Dass Justinian darein an diesem Orte den Unterschied des castrense und quasi castrense peculium setzt, diesen Unterschied also nicht

castrense peculium sei manchen Personen ausdrücklich verliehen, wie z. B. den Consuln, den praefecti legionum u. s. w. Aber auch den veterani stehe sie in Ansehung ihres im Soldatenstande erworbenen Peculiums zu, doch ebenfalls nicht anders als „licito modo". In Rücksicht aller dieser quasicastrensischen Peculien sei nun bezweifelt worden, ob gegen die darüber errichteten Testamente die querela inofficiosi zu gestatten.[11] Eine Vorfrage sei es hier aber, ob überhaupt alle, welche ein quasi castrense peculium hätten, darüber testieren dürften. Denn dieses sei nicht allen ohne Unterschied, sondern nur einigen als Vorrecht verliehen worden. Den Soldaten zwar und Veteranen sei es allgemein gestattet worden, über ihr castrense peculium (hier in dem weitern Sinn, wie im Eingange der Stelle, zu nehmen) ein Testament zu errichten; und zwar den Soldaten auf dem Feldzuge nach dem besondern militärischen Rechte (iure suo), den Veteranen aber nach dem gemeinen Rechte. In Ansehung aller anderer Personen aber, so weit sie nicht durch besonderes Privileg die Testierfähigkeit erhalten, sei bezweifelt worden, ob sie (über ihr castrense peculium in dem weitern Sinne des Wortes) testieren könnten, wie z. B. in Ansehung der Advocaten u. s. w.[12] Weil nun das quasi

---

nach äussern geschichtlichen, sondern nach innern Merkmalen bestimmen will, ist unverkennbar. Ob er dieses mit Recht oder Unrecht thut, ist eine andere, später zu erörternde Frage. (§. 54.)

11) „In his itaque omnibus quasi castrensibus peculiis dubitabatur, si contra huiusmodi testamenta de inofficioso querelam extendi oporteret." Laut dieser unmittelbar an die Erwähnung der veterani sich anschliessenden Worte kann gar kein Zweifel sein, dass Justinian in diesem Gesetze auch ihnen nur ein quasi castrense peculium zuschreibt, worauf überdies schon der ganze Zusammenhang hinweist. Vgl. auch Mühlenbruch S. 200 und S. 212 Anm. 77.

12) Dieser Zweifel war vielleicht hauptsächlich erst durch ein Gesetz von Justinian selbst, die L. 11 C. qui test. fac. 6, 22 vom 29. Juli 531, angeregt worden. (Die L. 37 C. cit. ist vom 1. Sept. 531.) Zu dieser Annahme würde vortrefflich stimmen nicht nur der Umstand, dass man es, um jedes fernere Missverständniss der L. 11 C. cit. auszuschliessen, für nöthig fand, auf sie als L. 12 C. eod. einen Auszug aus der L. 37 C. de inoff. test. folgen zu lassen, sondern auch die Bemerkung des Theophilus zu §. 6 I. de milit. test. 2, 11, es sei über die Frage, ob alle Inhaber

castrense peculium nach dem Muster des castrense peculium aufgekommen, so stelle er, der Kaiser, hiemit die allgemeine Regel auf, dass alle und jede Inhaber eines solchen quasi castrense peculium darüber letztwillig sollten verfügen können, jedoch nur nach Maassgabe des gemeinen Rechtes („secundum leges tamen"). Und dabei wolle er ihnen noch das Privileg hinzugeben, dass auch ihre Testamente mit der querela inofficiosi nicht umgestossen werden könnten.[13] Denn wenn der Patron, den sein undankbarer Freigelassener im Testament übergangen, in Betreff der von diesem im Kriegsdienst erworbenen Güter keine bonorum possessio contra tabulas habe, wie sollten dann die gedachten Peculien, die doch nach dem Vorbilde des castrense peculium eingeführt seien, der querela inofficiosi unterworfen sein?[14] Doch dürfe das nur gelten, so lange der Inhaber eines quasi castrense peculium in väterlicher Gewalt stehe. Denn werde er gewaltfrei, so könne ohne jeden Zweifel die querela inofficiosi gegen sein Testament erhoben werden, und selbst in Ansehung derjenigen Güter, welche er früher als quasi castrense peculium besessen. Denn jetzt sei nicht einmal der Begriff eines Peculiums mehr vorhanden. Jene Güter flössen mit allen übrigen in eine einzige Masse zusammen, und müssten daher ihr Schicksal in jeder Hinsicht theilen.[15]

---

eines quasi castrense peculium testieren könnten, „μικρά τις ἀμφιβολία" gewesen.

13) „Hoc nihilominus eis *addito* privilegio, ut neque eorum testamenta de inofficioso querela expugnentur." Die Worte weisen deutlich darauf hin, dass Justinian hier für alle Testamente über quasi castrensia peculia in dem Sinne, wie er diesen Ausdruck in der Stelle fasst und gebraucht, etwas neues einführen will, was bisher noch nicht bestanden.

14) Also der nämliche Schluss von der bonorum possessio contra tabulas des Patrons und des parens manumissor auf die querela inofficiosi, welchen ich oben als einen ungerechtfertigten getadelt habe. (S. 230.) Es zeigt sich denn auch sofort, zu welchen Seltsamkeiten Justinian auf diesem Wege gelangt. Vgl. Francke, Das Recht der Notherben S. 447.

15) Hätte sich Justinian hier an das unmittelbar vorher gebrauchte Beispiel des Freigelassenen erinnert, so hätte er sich leicht überzeugen müssen, wie schlecht angebracht seine letzte Schlussfolgerung sei. Denn bei dem Freigelassenen werden ja, obwohl er, wie Justinian selbst ausdrücklich angiebt, unzweifelhaft ein paterfamilias ist, in Hinsicht auf das

Ist dieses der Gedankengang der Stelle, und mir dünkt wenigstens, alle ihre Theile kommen dadurch in Zusammenhang und zu ihrem Rechte, so kann gar kein Zweifel bestehen, dass erst Justinian die Testamente der filiifamilias veterani, im Falle sie auch noch als Haussöhne sterben, von der Anfechtbarkeit durch die querela inofficiosi losgesprochen, und dass demnach eine solche Anfechtbarkeit bis dahin bestanden hat. Denn Justinian berichtet

1) als bisher geltendes Recht nur das, dass *militaria* testamenta der Querel nicht ausgesetzt seien. Dieses passt auf keine andern, als auf solche Testamente, welche von Soldaten errichtet und nach den militärischen Testamentsprivilegien zu beurtheilen sind. Dergleichen sind aber von Veteranen errichtete Testamente nicht, und es geht also schon daraus hervor, dass gegen die Testamente von Veteranen allgemein und ohne Unterschied, ob sie gewaltfrei oder noch Haussöhne waren, die querela inofficiosi Anwendung fand. Dazu kommt aber, dass ferner

2) Justinian wiederholt ausdrücklich sagt, Veteranen dürften als Haussöhne über ihr (quasi) castrense peculium zwar testieren, aber doch nur „licito modo“ oder „iure communi“. Hiedurch ist für sich allein schon genugsam bewiesen, dass sie auch die Regeln des Pflichttheilsrechtes beachten mussten. Wenn Mühlenbruch (S. 211 ff.) diese und ähnliche Aeusserungen Justinian's in der Stelle überall nur auf die Form, nicht auf den Inhalt des Testamentes beziehen will, so ist dieses zuvörderst ganz willkürlich. Aber irre ich nicht, so ist eine solche Unterscheidung auch völlig grundlos. Denn geht bei Soldatentestamenten das Privilegium in Ansehung des Inhaltes mit demjenigen in Rücksicht der Form nicht allenthalben Hand in Hand? Wird also, wenn wir hören, dass Haussöhne als Veteranen nicht mehr,

---

Pflichttheilsrecht des Patrons die castrensia bona allerdings von dem übrigen Vermögen unterschieden und gesondert. — Man vergleiche übrigens zu der Stelle auch die L. 50 C. de episc. 1, 3 (besondere Anwendung der L. 37 C. cit. auf das quasi castrense peculium der Geistlichen); L. 12 C. qui test. fac. 6, 22; pr. I. de mil. test. 2, 11; pr. I. qu. non est perm. 2, 12; Theophil. ad hh. ll.

wie die Soldaten, in jeder beliebigen, sondern bloss noch in der gemeinrechtlichen Form testieren können, damit nicht gleichzeitig ausgesprochen, dass sie auch in Betreff des Inhaltes an das gemeine Recht gebunden seien?[16] Die volle Bestätigung aber liegt endlich darin, dass Justinian

3) nicht nur in der L. 37 C. cit. selbst, sondern auch in der L. 12 C. qui test. fac. 6, 22 und in der L. 50 C. de episc. 1, 3 auf das deutlichste erklärt, er wolle den in Rücksicht **aller** quasicastrensischer Peculien entstandenen Zweifel, ob die über diese Peculien errichteten Testamente der querela inofficiosi unterworfen seien, dahin entscheiden, dass er diese Testamente hiemit von jeder Anfechtbarkeit durch das genannte Rechtsmittel befreie. Dass aber Justinian in diesem Gesetze unter den Begriff der quasi castrensia peculia auch das castrense peculium in der Hand des filiusfamilias veteranus stellt, lässt sich gar nicht verkennen.[17]

---

16) Man vergleiche zu allem Ueberflusse den Ausspruch Tryphonin's in der L. 19 §. 2 D. h. t. 49, 17: „quia miles ab initio pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori, quod ius iste (sc. veteranus) non habuerit, *non magis, quam sine observatione legum facere testamentum*".

17) S. oben Anm. 11. Es ist auffallend, dass Mühlenbruch dieses einräumt und dennoch behauptet, die Vorschrift Justinian's sei auf das Testament eines filiusfamilias veteranus nicht zu beziehen. S. Mühlenbruch S. 213 Anm. 80, S. 214 Anm. 81, S. 215 bes. Anm. 82. Ganz richtig wird in diesem Stücke die L. 37 C. cit. bereits erklärt von **Cinus** ad h. l. nr. 2 und von **Iason** ibid. nr. 4. Ferner von **Retes** cap. III. §. 19 (p. 251), dem **Glück**, Commentar VII. S. 485 Anm. 64 sich anschliesst. Gleicher Meinung ist **Cujacius**, Comm. in Dig. ad L. 8 §. 3 D. de inoff. test. Dagegen geschieht schon in der Glosse einer Ansicht Erwähnung, wonach sich die von Justinian in der L. 37 C. cit. gemachte Neuerung auf das gemeinhin allein so genannte quasi castrense peculium beschränkte, und trotz dieses Gesetzes gegen das Testament eines filiusfamilias veteranus die Querel statthaft wäre. S. die glo. Non prohibentur und Sanctionem ad L. 37 C. cit. Ganz entschieden wird diese Ansicht vertreten von **Donellus**, Comm. de iure civ. lib. XIX. cap. 5 und von **Francke**, Das Recht der Notherben S. 447 ff. Man sieht übrigens, dass die genannten Schriftsteller wenigstens in Ansehung derjenigen Frage, welche hier für mich die Hauptfrage war, ob nämlich ein filiusfamilias veteranus nach dem Rechte der klassischen Zeit ohne Rücksicht auf die querela inofficiosi habe testieren können, ganz auf meinem Standpunkte stehen.

Nunmehr erklärt sich denn auch, wie es sich um die oben (S. 237) abgedruckte L. 8 §. 3 D. de inoff. test. 5, 2 verhält. Es hiess darin ursprünglich bloss: „contra veterani testamentum esse inofficiosi querelam“. Weil dieses aber zu der L. 37 C. cit. nicht mehr gepasst hätte, so wurde von den Compilatoren das Wort „patrisfamilias“ eingeschoben. Und hiefür, zugleich aber auch für die Richtigkeit der von der L. 37 C. cit. gegebenen Auslegung gewährt gerade das Scholion der Basiliken, worauf sich Mühlenbruch (S. 207 fg.) zu Gunsten seiner Meinung beruft (Basil. XXXIX, 1, 8 schol. 7), eine nicht zu verachtende Bestätigung. Es gründet nämlich, in völliger Uebereinstimmung mit meiner oben entwickelten Ansicht, die Befreiung des Testamentes eines filiusfamilias veteranus von der querela inofficiosi ausdrücklich auf die L. 37 C. cit., giebt also damit einen Wink, die L. 8 §. 3 D. cit. in der Fassung, die sie in den Digesten hat, aus jenem Gesetze zu erklären.

Die L. 24 C. de inoff. test. 3, 28 (S. 236) konnte man unverändert stehen lassen, weil sie wenigstens in ihrem unmittelbar praktischen Ergebnisse nichts mit der L. 37 C. cit. streitendes enthielt. Nur versteht sich von selbst, dass sie als Stück der Justinianischen Gesetzgebung und im Zusammenhange dieser Gesetzgebung zu einem Schlusse vom Gegentheil nicht weiter benutzbar ist.

Uebrigens hat sich jetzt auch bei dieser Frage der oben aufgestellte Grundsatz bewährt, und man muss es daher in der That für das spätere klassische Recht als eine völlig ausnahmslose Regel erklären:

> dass das Testament eines Haussohnes über sein castrense peculium immer völlig ebenso zu beurtheilen ist, wie ein Testament, welches unter sonst gleichen Verhältnissen ein paterfamilias errichtet hätte.

§. 34.

Das Testament des Haussohnes hat aber auch nach seinem Tode ganz die gleiche Wirkung, wie dasjenige eines paterfamilias, und zwar selbst dann, wenn er noch als Haussohn verstor-

ben ist, welchen Fall ich hier allenthalben zur Voraussetzung nehme. Ist nämlich das Testament an sich gültig, und treten die darin eingesetzten Erben auch an, so geht das castrense peculium, gleich dem Vermögen eines testamentarisch beerbten paterfamilias, als Erbschaft, und zwar als eine wahre und eigentliche hereditas, auf jene seine Erben über. Wir haben dafür eine sehr grosse Zahl klarster Belegstellen. Ich will nur einige der allerbestimmtesten hier einrücken, die übrigen in einer Anmerkung angeben.

L. 2 D. h. t. 49, 17: Ulp. lib. LXVII. ad Edict.: Si filiusfamilias miles decesserit — — testamento facto: hic pro *hereditate* habetur castrense peculium.

L. 9 D. h. t.: Ulp. lib. IV. Disput. verb.: Dicebam, castrense peculium filiifamilias, siquidem testatus decessit, quasi *hereditatem* deferri *heredi* scripto, sive extraneum scripsit heredem, sive patrem.

L. 18 pr. D. de stip. serv. 45, 3: Papin. lib. XXVII. Quaest. verb.: partem non facit *hereditas* eius (sc. filiifamilias militis), quae nondum est (sc. ante aditionem); non enim si quis *heredem existere* filiofamilias dixerit, statim et *hereditatem eius* iam esse (sc. ante aditionem) consequens erit.

L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2: Paul. lib. XI. Quaest. verb.: sed in proposito (sc. ubi intestatus filius decesserat) *nec hereditatem esse;* quamvis placeret mihi, extraneo herede instituto *fieri hereditatem* aditione eius.

L. 34 pr. D. de H. P. 5, 3: Paul. lib. XX. ad Edict.: Filiifamilias militis puto peti posse *hereditatem* ex testamento nobis obvenientem.[1]

Wie man gegenüber diesen vielen und unzweideutigen Aussprüchen jemals hat zu der schon früher (§. 17 Anm. 6) erwähnten

---

1) S. ferner L. 19 §. 5 D. h. t. 49, 17 (Tryphonin.): *heres* filii; L. 28 D. de test. mil. 29, 1 (Ulp.): *hereditati* suae. Sodann Ulpian in der L. 2 §. 2 D. fam. erc. 10, 2; L. 1 D. h. t. 49, 17, L. 33 pr., §. 1 D. de A. R. D. 41, 1; Paulus in der L. 8 §. 1 D. de SC. Silan. 29, 5, L. 90 §. 1 D. de acq. her. 29, 2; Papinian in der L. 14 pr., §. 1, L. 17 pr. D. h. t. 49, 17; pr. I. qu. non est perm. 2, 12 und Theophil. ad h. l.

und widerlegten Meinung gelangen können, dass die Römer den von dem Haussohn eingesetzten Erben nicht als einen eigentlichen heres anerkannt hätten, wäre schwer zu begreifen, wenn man nicht die grosse Macht in Rechnung brächte, welche Erwägungen von allgemeiner Natur, wahre oder bloss eingebildete, auf die Geister zu üben pflegen. Jedenfalls dürften die Anhänger dieser Meinung in Verlegenheit gerathen, wenn sie irgend eine praktische Verschiedenheit dieses uneigentlichen von einem eigentlichen heres namhaft machen sollten.[2]

Im Gegentheil kommen bei der Beerbung des Haussohnes aus seinem über das castrense peculium errichteten Testamente durchaus alle Grundsätze zur Anwendung, welche bei der testamentarischen Beerbung eines paterfamilias gelten. So kann z. B. auch aus dem Testamente des Haussohnes eine bonorum possessio secundum tabulas stattfinden.[3] Der Testamentserbe des Haussohns kann seinen Nachlass den gewöhnlichen Regeln zufolge mit der hereditatis petitio fordern.[4] Unter Miterben kann es in der

---

2) Mit äussern Belegen dieser Meinung ist es, wie ich schon an dem angegebenen Orte hervorgehoben, schlecht genug bestellt. Um so mehr nimmt es Wunder, dass ihre Vertreter sich eine Stelle haben entgehen lassen, die man noch am ehesten zu ihren Gunsten verwerthen könnte. Ich meine die L. 6 D. de in int. rest. 4, 1, in welcher von Ulpian der „heres“, sodann „is cui hereditas restituta est“, endlich „filiifamilias militis *successor*“ neben einander gestellt und unterschieden werden. Freilich ist auch das Gewicht dieses Umstandes kein grosses; denn es kann doch kaum ein Zweifel sein, dass Ulpian diese Nebeneinanderstellung und den allgemeinen Ausdruck: „*successor* filiifamilias militis“, bloss desshalb gewählt hat, um auch den Vater des filiusfamilias miles, welchem das castrense peculium nach Peculienrecht anheimfällt, mit zu begreifen. Vgl. Retes cap. IX. §. 6 (p. 270). — Richtig ist die Darstellung von Retes cap. VII. §. 1 (p. 262).

3) L. 3 §. 5 D. de B. Poss 37, 1 (Ulp.). Vgl. L. 1 §. 8 D. de B. P. sec. tab. 37, 11 (Ulp.). Uebrigens ist, wenn der Haussohn noch als solcher stirbt, was ich ja hier überall voraussetze, in Ansehung seines Nachlasses immer nur eine bonorum possessio secundum tabulas, niemals eine bonorum possessio contra tabulas denkbar. (Vgl. §. 31 und §. 32.) Natürlich auch keine bonorum possessio intestati. (Vgl. §. 35.)

4) L. 34 pr. D. de H. P. 5, 3 von Paulus, abgedruckt auf S. 244. Vgl. L. 20 §. 10 D. eod. von Ulpian, womit das Scholion der Basiliken

gewöhnlichen Weise zu einem iudicium familiae erciscundae kommen.[5] Hat der Haussohn seinem testamentarischen Erben auferlegt, einen Theil der Erbschaft als Universalfideicommiss zu restituieren, so greift das SC. Trebellianum ein.[6] U. s. w.[7]

Dieses alles gilt auch dann, wenn der Haussohn zu seinem Erben eine Person eingesetzt hat, durch welche sein Gewalthaber erwirbt, also namentlich ein eigenes mit ihm in der Gewalt seines Vaters stehendes Kind. Letzteres, weil es nicht in der Gewalt des Testators gewesen, muss, um die Erbschaft zu erwerben, sie, gleich einem Fremden, erst antreten, wozu es als Hauskind eines vorgängigen Geheisses seines Gewalthabers, des Grossvaters, bedarf. Durch den Erbschaftsantritt auf Geheiss des Grossvaters wird dann aber nach den gewöhnlichen Grundsätzen die Erbschaft für diesen erworben. Man darf nicht etwa die castrensische Eigenschaft des erworbenen Vermögens entgegenhalten und daraus folgern wollen, dass der Enkel dieses Vermögen wiederum als castrense peculium für sich selbst erwerbe. Denn jene Eigenschaft hatte es nur in der Hand des Haussohnes, der es erstmals als castrense peculium erworben. Mit seinem Tode hat sie aufgehört und setzt sich bei seinen Erben nicht fort. So entscheidet Paulus in folgender aus dem 12. Buche der Responsa geschöpfter, in die Digesten als L. 90 §. 1 D. de acq. her. 29, 2 aufgenommener Stelle:

> Idem respondit: si iussu avi nepos patris, qui de castrensi peculio testamentum fecit, hereditatem adiisset, acquisiisse

zu verbinden. S. auch Mühlenbruch, Observ. iur. rom. p. 31 und im Archiv für civilist. Prax. XVII. S. 341 fg., Hasse ebendaselbst V. S. 57 fg., Vangerow, Lehrb. der Pand. I. §. 71 (7. Aufl. S. 107 fg.).

5) L. 2 §. 2 D. fam. erc. 10, 2 (Ulp.).

6) L. 1 §. 6 D. ad SC. Trebell. 36, 1 (Ulp.). Vgl. auch L. 18 pr. und besonders §. 1 D. ad L. Falc. 35, 2 (Paul.).

7) Man vgl. noch L. 12 §. 1 D. de neg. gest. 3, 5, L. 31 pr. D. de religios 11, 7, L. 1 §. 8 D. de tab. exhib. 43, 5 sämmtlich von Ulpian; L. 8 §. 1 D. ad SC. Silan. 29, 5 von Paulus. Manches andere, was sich hier noch erwähnen liesse, ist schon in den frühern Paragraphen vorgekommen.

ei ea, de quibus pater testari potest, quia castrensia esse mutatione personae desierint.[8]

Und sogar in dem Falle wird das castrense peculium von dem in dem Testamente des Haussohnes eingesetzten als Erbschaft und nach Erbschaftsrecht (nicht als peculium und nach Peculienrecht) erworben, wenn es der Vater und Gewalthaber des Testators selber ist, den letzterer zum Erben ernannt hat. Auch hiefür fehlt es nicht an völlig unzweideutigen Zeugnissen der Quellen. Ich erwähne ausser der L. 9 D. h. t. 49, 17 (Ulp.) in ihren vorhin (S. 244) mitgetheilten Worten namentlich die L. 17 pr. D. eod.:

> Papinianus lib. II. Definit.: Pater, qui castrense peculium intestati filii retinebit, aes alienum intra modum eius et annum utilem iure praetorio solvere cogitur. Idem, *si testamento scriptus heres extiterit, perpetuo civiliter ut heres convenietur.*

Daneben mag man auch noch die L. 1 D. h. t. (Ulp.), sodann die L. 17 §. 1 D. eod. (Papin.), die L. 17 §. 3 D. de test. mil. 29, 1 (Gai.) und die L. 18 pr. in fine D. ad L. Falc. 35, 2 (Paul.) vergleichen.

Man sollte glauben, diese Stellen liessen einen Zweifel gar nicht aufkommen. Demungeachtet hatte sich schon bei den Juristen des Mittelalters die Meinung gezeigt, dass der Vater und Gewalthaber des Haussohnes, so oft er nach dem Tode des letztern das castrense peculium erhalte, es allemal als peculium und nach Peculienrechte, niemals als Erbschaft und nach Erbschaftsrechte an sich nehme; selbst dann nicht, wenn es ihm nicht ab intestato, sondern in Folge testamentarischer Einsetzung von Seite des Sohnes zukomme. Und diese Meinung hat auch

8) Diese Stelle dürfte zugleich einer der schlagendsten und unmittelbarsten Beweise sein für die Unrichtigkeit der namentlich von Puchta vertretenen Ansicht, dass auch nach dem Uebergange des Vermögens auf den Erben der Erblasser in vermögensrechtlicher Beziehung noch für fortlebend gelte, und dass er noch immer juristisch als das eigentliche Subject des Erbvermögens betrachtet werde. Vgl. Puchta, Pandekten §. 446, 447 und Vorles. dazu.



bei einzelnen Spätern Beifall gefunden.[9] Neben innern Gründen, worunter der stärkste ist, dass sonst der Vater in Folge seiner Erbeinsetzung eine ungünstigere Stellung haben würde, als ohne Einsetzung, beruft man sich dafür hauptsächlich auf die Entscheidung des Paulus in der L. 20 D. h. t. 49, 17 (S. 140) und auf die Aeusserung des nämlichen Juristen in der L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2:

> placeret mihi, *extraneo* herede instituto fieri hereditatem aditione eius; nam, *quum apud patrem remanet*, ius pristinum durat et *peculium est.*

Hier sei ganz ausdrücklich gesagt, dass das castrense peculium nur dann zur hereditas werde, wenn ein extraneus als Erbe eingesetzt sei, dass dagegen, so oft es bei dem Vater verbleibe (eine Voraussetzung, welche der Jurist völlig allgemein und ohne jede Einschränkung hinstelle), dieses nicht anders, als nach Peculienrechte, geschehe.

Die Unzulässigkeit einer solchen Folgerung erhellt aber zur Genüge schon aus den genannten beiden Stellen selbst. Denn in der L. 20 cit. bezeichnet Paulus den castrensischen Sklaven, um den sich die Frage dreht, als einen solchen, „qui ad patrem *ex testamento filii* pertinere coepit". Und in der L. 18 pr. cit. bemerkt er schliesslich, dass der von dem Haussohne testamentarisch eingesetzte Vater, falls er den Antritt aus dem Testament unterlasse, in Gemässheit des edictum Si quis omissa causa testamenti rel. wegen der Legate in Anspruch genommen werden könne. Beiderlei Aeusserungen wären ganz unmöglich und undenkbar, gesetzt dass Paulus wirklich auch dem testamentarisch eingesetzten und aus dem Testament erwerbenden Vater das castrense peculium nicht als Erbschaft und nach Erbschafts-

9) Vgl. schon Azo, Summa Cod. VI, 20 de collat. nr. 9. S. ferner Alexander Tartagnus ad L. Filiusf. (18) D. ad L. Falc. 35, 2 nr. 1. Von den Spätern ist es namentlich Anton Faber, der diese Meinung verficht. S. Iurispr. Pap. tit. XI. pr. IX. ill. 5 und Error. pragm. dec. XLIII. err. 5 nr. 10. (In der Iurispr. Pap. tit. XI. pr. VI. ill. 12 und 22 vertheidigt er freilich gerade das Gegentheil.) S. auch die bei Retes cap. VIII. §. 5 (p. 266) angeführten.

rechte, sondern als peculium und nach Peculienrechte zugesprochen hätte.[10]

Doch deuten die Stellen allerdings auf eine besondere Eigenthümlichkeit des Falles hin, da gerade der Vater der Testamentserbe des Haussohnes wird; eine Eigenthümlichkeit, worauf ich schon bei einer frühern Gelegenheit aufmerksam gemacht (S. 139 ff.), und wodurch sich dieser Fall dem andern, wenn das castrense peculium bei testamentlosem Versterben des Haussohnes dem Vater anheimfällt, sehr bedeutend annähert. Eben aus diesem Grunde kann aber ihre genauere Erörterung passend erst bei der Besprechung des zuletzt erwähnten Falles einen Platz finden, zu welcher ich nunmehr, als zu dem allein noch übrigen Theil der Aufgabe, fortschreite. Ich habe also dabei das castrense peculium zu betrachten in seinem Verhalten

IV. Nach dem Tode des Sohnes in der Gewalt ohne ein gültiges Testament.

§. 35.

Während sich das castrense peculium unter sämmtlichen bisher gemachten Voraussetzungen stets als ein vollkommen eigenes Vermögen des Haussohnes bewiesen, welchem dieser ganz und gar wie ein paterfamilias gegenübersteht: so nimmt das Verhältniss eine sehr wesentlich verschiedene Gestalt an, sobald wir davon ausgehen, dass der Haussohn noch als solcher und intestatus gestorben ist, sei es, dass er überhaupt gar kein gültiges Testament hinterlassen, oder aber, dass die darin eingesetzten nicht antreten.[1] Solchen Falls findet nämlich nicht

10) Die Unrichtigkeit dieser Ansicht wird ausführlich nachgewiesen von Retes cap. VIII. (p. 266 sqq.). Vgl. auch Glück, Commentar XXXIV. S. 108 Anm. 45.

1) Auch auf diesen zweiten Fall bezieht sich der Begriff des intestatus: L. 64 D. de V. S. 50, 16: Intestatus est non tantum, qui testamentum non fecit, sed etiam, cuius ex testamento hereditas adita non est. Vgl. auch noch L. 1 pr. D. de suis et legit. 38, 16; pr. I. de hered. quae ab intest. 3, 1; §. 2 I. quib. mod. test. 2, 17; Paul. IV, 8 §. 1, 2 = Coll. XVI, 3 §. 1, 2 u. a. Ich hebe diese bekannte Wahrheit hier nur um

etwa die gewöhnliche Intestaterbfolge statt, sondern es wird alles so gehalten, wie nach dem frühern Rechte, als man das castrense peculium noch nicht für ein eigenes Vermögen des Haussohnes ansah, sondern für ein wirkliches, ob auch durch manche Begünstigungen ausgezeichnetes peculium, das heisst also für ein juristisch nicht dem Sohne, sondern seinem Gewalthaber zugehöriges Vermögen. Das castrense peculium fällt gleichsam wieder in seine alte Natur zurück und kommt daher, wie jedes gewöhnliche peculium bei dem Tode seines Inhabers, mit Ausschluss aller andern Personen an denjenigen, in dessen Gewalt der Haussohn zur Zeit seines Todes gestanden; und zwar nicht etwa nach Erbschaftsrechte, sondern nach Peculienrechte. (§. 18.)

Die Wahrheit dieses bekannten Satzes wird durch eine grosse Anzahl von Stellen beglaubigt. Geradezu wird er in folgenden Stellen ausgesprochen:

L. 2 D. h. t. 49, 17: Ulp. lib. LXVII. ad Edict.: Si filiusfamilias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius *non quasi hereditas*, sed *quasi peculium patri* deferuntur.

L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2: Paul. lib. XI. Quaest. verb.: quum apud patrem remanet, *ius pristinum durat* et *peculium est*.

L. 14 pr. D. eod.: Papinian. lib. XXVII. Quaest. verb.: scriptis heredibus — — cessantibus, *iure pristino* peculium pater habebit.

L. 19 §. 3 D. eod.: Tryphonin. lib. XVIII. Disputat. verb.: quod si intestatus decesserit filius, postliminii cuiusdam similitudine pater *antiquo iure* habeat peculium, retroque videatur habuisse rerum dominia.

---

deswillen besonders hervor, weil durch ihr Vergessen Schilter, Praxis iur. rom. Exerc. XLIV. §. 43 zu folgender seltsamer und bodenloser Ansicht gekommen ist: die fictio retrotractiva, vermöge welcher das castrense peculium dem Vater als peculium und nach Peculienrechte zugesprochen werde, trete bloss ein, „si filius *non utatur iure concesso testandi* et *ab intestato decesserit*". (!) Habe er ein Testament hinterlassen, so finde die gedachte Fiction niemals eine Anwendung. Vielmehr erhalte bei Destitution des Testamentes der Vater das castrense peculium nach gewöhnlichem Erbschaftsrechte als heres legitimus.

pr. I. quib. non est perm. 2, 12 verb.: si vero intestati decesserint, — — ad parentes eorum iure communi pertinebit.[2]

Seine wesentliche Verschiedenheit von der Intestaterbfolge zeigt dieses Verhältniss in wichtigen Consequenzen. Als z. B. in den folgenden:

1) Es bedarf nicht erst einer besondern Annahmserklärung von Seite des Vaters, sondern das castrense peculium fällt ihm, ganz wie ein gewöhnliches peculium, von selbst und ohne weiteres zu. Dieses erhellt, wenn es überhaupt noch eines besondern Beweises bedürfte, auf das klarste aus dem Umstande, dass die römischen Juristen, und selbst noch diejenigen der spätesten klassischen Zeit, diesen Anfall des castrense peculium an den Vater durchweg durch die Ausdrücke bezeichnen: das castrense peculium verbleibe bei dem Vater, oder: es werde ihm nicht jetzt erworben, sondern vielmehr nicht entzogen.[3]

Kann aber der Vater das anfallende peculium nicht wenigstens zurückweisen? Ein grosses Bedürfniss, ihm eine solche Befugniss zu gestatten, ist aus dem sogleich unter Nr. 3 zu nennenden Grunde nicht vorhanden. (S. jedoch Anm. 6.) Auch ist davon in den Quellen nirgends ausdrücklich die Rede. Eben so wenig besteht aber freilich irgend eine zwingende Rücksicht, sie zu versagen, und für die Bejahung der Frage lässt sich die Analogie des Latinus Iunianus geltend machen. Obwohl sein

---

2) S. auch Theophil. ad h. l. Ferner L. 10 pr. D. ad SC. Tert. 38, 17 von Pomponius, L. 14 §. 1, L. 17 D. h. t. von Papinian, L. 1, 9 D. eod., L. 44 pr. D. de legat. I. (30), L. 33 D. de A. R. D. 41, 1, L. 1 §. 22 D. de coll. 37, 6, sämmtlich von Ulpian, L. 98 §. 3 D. de solut. 46, 3 von Paulus, L. 5 C. h. t. 12, 37 von Diocletian und Maximian.

3) „Apud patrem *remanet*" oder „*residet*": Papinian in der L. 14 §. 1 D. h. t. 49, 17, Ulpian in der L. 1 D. eod. und der L. 44 pr. D. de legat. I. (30), Paulus in der L. 18 pr. D. ad. L. Falc. 35, 2, Diocletian und Maximian in der L. 5 C. h. t. 12, 37. „Non nunc acquiritur, sed *non adimitur*" oder „*non alienatur*": Ulpian in der L. 1 §. 22 D. de collat. 37, 6. „Quum nihil de peculio decernit filius, *non nunc obvenisse patri*, sed *non esse ab eo profectum* creditur": Ulpian in der L. 9 D. h. t. 49, 17. Vgl. auch noch die L. 17 pr. D. eod. von Papinian und die L. 19 §. 3 D. eod. von Tryphonin.

Vermögen dem Freilasser ebenfalls nicht nach Erbschaftsrechte, sondern nach Peculienrechte zukam, so geht doch aus Gai. III, 62 hervor, dass man dem letztern unbedenklich das Recht der Ablehnung dieses Erwerbes zuschrieb.[4]

2) Gesetzt, der Haussohn hat ein Testament hinterlassen, vor der Erklärung des darin eingesetzten Erben stirbt der Vater, später schlägt jener aus, und es ergiebt sich also jetzt erst, dass der Haussohn intestatus gestorben: so muss das castrense peculium nachträglich als ein Theil der Erbschaft des Vaters betrachtet und behandelt, folglich unter seine Erben nach Maassgabe ihrer Erbtheile vertheilt werden. Denn was jemandem iure peculii anfällt, wird juristisch so angesehen, als ob es von Anfang an zu seinem Vermögen gehört hätte. In diesem Sinne wird denn auch der Fall ausdrücklich entschieden von Ulpian in der L. 9 D. h. t. 49, 17 (aus dem lib. IV. Disputationum):

> Proponebatur filiusfamilias miles testamento facto extraneum heredem scripsisse, patre deinde superstite decessisse, pater deliberante herede instituto et ipse diem functus, deinde heres institutus repudiasse hereditatem. Quaerebatur, ad quem castrense peculium pertineret. — — In proposito

4) Vgl. Vangerow, Ueber die Latini Iuniani S. 134 fg. Das Ablehnungsrecht des Vaters wird vornehmlich von Anton Faber, Iurispr. Pap. tit. XI. pr. VI. ill. 9 und von Retes cap. IX. §. 5 (p. 270) vertheidigt. Sie berufen sich theils auf die bloss bedingungsweise Sprache in der L. 1 D. h. t. 49, 17: Filiifamilias militis *si* peculium apud patrem remansit (ein schwerlich sehr triftiger Grund), theils darauf, dass es in der L. 2 D. eod. heisst: Si filiusfamilias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri *deferuntur*. Dieser letzte Umstand scheint auch mir, namentlich in Verbindung mit Gai. III, 62, nicht ohne Beweiskraft. Und ferner liesse sich auch wohl noch anführen die ausdrückliche Erwähnung in der L. 17 §. 1 D. h. t., dass der Vater „testamenti causam omisit *et castrense peculium possidet*", und die entsprechende, noch dazu bloss bedingungsweise hingestellte Bemerkung in der L. 17 §. 3 D. de test. mil. 29, 1: *Si* pater — — omissa causa testamenti *aliquid ex peculio possidebit dolove malo fecerit*, *quominus possideret*. Denn wozu dieser Beisatz, wenn es sich von selbst verstand, dass, so oft der Haussohn intestatus gestorben, folglich auch bei jeder Destituierung seines Testamentes, das castrense peculium dem Vater allemal nothwendig und unvermeidlich als peculium zugehörte?

diceham: quum heres non adiit hereditatem, *retro peculium patris bonis accessisse*, unde posse dici, etiam aucta patris bona per hanc repudiationem.[5]

3) Wegen der Schulden des verstorbenen Haussohnes kann der Vater nur nach Maassgabe des prätorischen Rechtes, also nur mit actiones de peculio bis auf Höhe des castrense peculium und bloss noch während eines annus utilis belangt werden: alles ganz so, als ob das castrense peculium ein gewöhnliches peculium gewesen wäre. Als Erbe des Sohnes müsste er dagegen nach Maassgabe des ius civile, mithin ohne besondere zeitliche Beschränkung und ohne Rücksicht auf den Bestand des ererbten vormaligen castrense peculium zum vollen Schuldbetrage haften. Beides erklärt Papinian in der oben (S. 247) schon abgedruckten L. 17 pr. D. h. t. 49, 17.[6]

In dem frühern Rechte war diese Gestaltung der Sache durchaus folgerecht gewesen, weil ja das castrense peculium schon bei Lebzeiten des Sohnes als ein wirkliches, wenn auch mannigfach privilegiertes peculium, folglich als ein eigenes Vermögen des Vaters angesehen ward. (§. 15.) In der Zeit, welche uns hier beschäftigt, konnte sie dagegen nur noch als ein singulärer Ueberrest des frühern Rechtes erscheinen, den man beibehielt, weil die Kaiser daran nichts ausdrücklich geändert hatten, und weil überdies die gewichtigsten Rücksichten dafür sprachen, die Rechte des Vaters nicht ohne Noth noch mehr, als bereits geschehen, zu schmälern. (§. 20.) Während des Lebens

---

5) Ihr volles Licht erhält diese Entscheidung wiederum erst durch die Heranziehung der Analogie des Latinus Iunianus. S. Gai. III, 58—61, 63, 64, 69, 70. Vangerow a. a. O. S. 133 Nr. 2 u. 3.

6) Auch noch der §. 1 der Stelle a. E. gehört hierher. (S. 256 fg.) Vgl. übrigens den tit. D. quando de peculio actio annalis sit 15, 2. — Hatte der Haussohn bei seinen Lebzeiten einen Dritten beerbt, so wird nunmehr der Vater, indem er das castrense peculium nach Peculienrecht an sich nimmt, der Erbe jenes Dritten: L. 1 D. h. t. 49, 17 (Ulp.). Für die Schulden des letzten muss er daher jedenfalls wie ein Erbe aufkommen. S. den ganz analogen Fall bei Gai. III, 84. Retes cap. IX. §. 5 in f. (p. 270) neigt dagegen zu der Meinung, dass der Vater auch für dergleichen Erbschaftsschulden nur bis zum Belange des castrense peculium und bloss innerhalb eines annus utilis hafte.

des Sohnes stand der Vater dem castrense peculium völlig fremd und nicht anders als irgend ein Dritter gegenüber. Es liess sich daher gar nicht verkennen, dass jener Anfall an den Vater, wenn er gleich iure peculii geschah, doch der Sache nach für ihn einen neuen Erwerb, und nicht mehr, wie ehemals, nur keinen Verlust in sich schliesse.[7] Der Sache nach musste sich also das Recht des Vaters jetzt noch ungleich mehr, als schon früher (S. 120 fg.), in dem Lichte eines, ob auch freilich höchst singulär und eigenthümlich gestalteten, Intestaterbrechtes darstellen.[8] Und dieses wurde insbesondere in zweifacher Hinsicht von den römischen Juristen anerkannt.

1) Der Sohn kann, auch ohne ein Testament zu errichten, dem Vater, gleich einem Intestaterben, Fideicommisse auferlegen.

L. 114 pr. D. de legat. I. (30): Marcian. lib. VIII. Institut.: Filiusfamilias miles vel veteranus, licet sine testamento decedat, potest fideicommittere a patre, quia etiam testamentum facere potest.

Ja er kann in solchen Intestatcodicillen dem Vater sogar die gänzliche oder theilweise Herausgabe des castrense peculium als Universalfideicommiss aufgeben. Und noch mehr. Sind nur sonst die geeigneten Voraussetzungen vorhanden, so kommt dann

---

7) Die römischen Juristen müssen davon nothwendig ein volles Bewusstsein gehabt haben, mit wie grosser und auffallender Zähigkeit sie immer an dem in der Anm. 3 aufgewiesenen Sprachgebrauche festhielten. Namentlich die sogleich zu erwähnenden Entscheidungen gestatten daran keinen Zweifel. Man begegnet aber bei ihnen auch schon mehrfachen unmittelbaren Hinweisungen auf jenes wirkliche Verhältniss. Vgl. z. B. L. 2 D. h. t. 49, 17 (Ulp.) verb.: „bona — — quasi peculium *deferuntur*"; L. 9 D. eod. (Ulp.): „*aucta* patris bona per hanc repudiationem". S. auch L. 6 D. de in int. rest. 4, 1 (Ulp.): „filiifamilias militis *successor*", worunter ohne Zweifel auch der das castrense peculium nach Peculienrecht erwerbende Vater gemeint ist. (§. 34 Anm. 2.) Immerhin sind dergleichen Hinweisungen seltener, als man im voraus erwarten sollte. Ich werde weiter unten in der Lage sein, diese Erscheinung zu erklären. (§. 43.)

8) Dass man in diesem Sinne auch den Anfall des Vermögens eines verstorbenen Latinus Iunianus an seinen Freilasser auffasste, beweist das bei Gai. III, 63—71 erwähnte und besprochene Senatusconsultum Largianum. Vgl. auch Vangerow, Ueber die Latini Iuniani S. 135 ff.

selbst das SC. Trebellianum zur Anwendung. Zwar ist das vormalige castrense peculium in der Hand des Vaters nicht hereditas. Allein daran nehmen die römischen Juristen keinen Anstoss. Durch die Restitution, sagen sie, werde es zur hereditas. Ein deutlicher Beweis, dass sie wirklich in dem Anfall des castrense peculium an den Vater der Sache nach nur eine besondere Form von Intestatbeerbung erblickten, zugleich aber, wie leicht sie geneigt waren, dem praktischen Bedürfniss über theoretische Bedenken den Sieg einzuräumen. Jene Sätze entwickelt Paulus in der L. 18 D. ad L. Falc. 35, 2. Ich will von dem schon oben auf S. 235 abgedruckten princ. nur kurz den Inhalt angeben, den §. 1 aber wörtlich mittheilen. Ein Haussohn war als veteranus gestorben und hatte in Intestatcodicillen seinen Vater ersucht, das castrense peculium nach seinem, des Vaters, Tode als Universalfideicommiss an den Titius herauszugeben. An den Juristen wurde die Frage gerichtet, ob der Vater gleich einem Erben dem Titius die quarta Falcidia in Abzug bringen könne. Paulus bejaht die Frage. Zwar fehle es hier auf Seite des Vaters an einer hereditas, da ihm das castrense peculium als peculium und nach Peculienrechte zugefallen. Allein gleichwohl zweifle er an der Anwendbarkeit der lex Falcidia nicht, werde doch auch in andern Stücken der Vater wie ein Erbe behandelt. So müsse er ja das Vermögen des Haussohnes, als ob es das Vermögen eines paterfamilias gewesen, an den Fideicommissar restituieren, und ferner werde er, falls er als testamentarisch eingesetzter Erbe des Haussohnes den Antritt aus dem Testament unterlasse, gleich einem Intestaterben von dem edictum Si quis omissa causa testamenti betroffen. Nun fährt der Jurist in dem §. 1 der Stelle folgendermaassen fort:

> His consequens erit, ut, si ex fructibus medio tempore quartam et quartae fructus habuerit pater, etiam Trebellianum Senatusconsultum inducamus, et utiles actiones exerceri possint, *fiatque hereditas post restitutionem.*

Damit man aber sehe, dass dieses nicht eine Meinung allein des Paulus gewesen, will ich auch folgende entsprechende Erklärung Ulpian's in der L. 1 §. 6 D. ad SC. Trebellianum 36, 1 (aus dem lib. III. Fideicommissorum) hier einrücken:

In filii quoque familias militis iudicio, qui de castrensi peculio vel quasi castrensi testari potest, Senatusconsultum (sc. Trebellianum) locum habet.

Hat der Sohn durch Intestatcodicille den Vater mit Singular- oder Universalfideicommissen belastet, so darf der Vater, obwohl er nicht ein eigentlicher Erbe des Sohnes ist, den Fideicommissaren, wie eben schon erwähnt, auch die quarta Falcidia abziehen, gesetzt nur, dass der Sohn die Codicille erst als veteranus gemacht hat, oder falls er sie noch als Soldat gemacht, dass seit seiner Verabschiedung bereits über ein Jahr abgelaufen ist. Denn von einem Soldaten unter der Herrschaft der militärischen Testamentsprivilegien angeordnete Vermächtnisse sind, falls jener noch als Soldat oder doch innerhalb eines Jahres seit erhaltenem ehrenhaftem Abschiede stirbt, einer Kürzung in Gemässheit der lex Falcidia überhaupt nicht unterworfen.

L. 40 pr. D. ad L. Falc. 35, 2: Hermogen. lib. IV. Iuris Epitom.: Ad veterani testamentum, sive paterfamilias, sive filiusfamilias sit, licet intra annum missionis decedat, lex Falcidia pertinet.[9]

2) Wenn der Vater ohne ausreichenden Rechtfertigungsgrund die ihm aus dem Testamente des Haussohnes deferierte Erbschaft nicht antritt, so wird das edictum Si quis omissa causa testamenti auch auf ihn angewendet. Dieser Satz wird schon durch die Aussprüche von Gaius und Paulus in der L. 17 §. 3 D. de test. mil. 29, 1 und der L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2 genugsam beglaubigt. Es hängt aber mit ihm auch eine interessante und nicht immer richtig ausgelegte Entscheidung Papinian's in dem 2. Buche der Definitiones zusammen, auf welche ich etwas näher eingehen will. Die Stelle findet sich in den Digesten als L. 17 §. 1 D. h. t. 49, 17 und lautet so:

Pater a filio milite vel qui militavit heres institutus, testamenti causam omisit et castrense peculium possidet: legitimi

9) S. ferner L. 18 D. eod. (Paul.); L. 17 §. 1 D. h. t. 49, 17 (Papin.), worüber sogleich im Texte, und oben S. 234 fg. Vgl. auch L. 17, 92, 96 D. ad L. Falc. 35, 2; L. 17 §. 4 D. de test. mil. 29, 1. Retes, Opusc. lib. III. ad L. ult. de L. Falc. (in Meerman Thes. VI. p. 180 sqq.); Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Comment. XLII. S. 113 ff.



heredis exemplo cogetur ad finem peculii perpetuo legata praestare. Quod si filius post annum, quam militare desierat, iure communi testamento facto vita decessit, ratione Falcidiae retinebitur quarta. Ceterum si testamenti causam pater omisit, quum peculium creditoribus solvendo non esset, nihil dolo videbitur fecisse, quamvis temporis incurrat compendium.

Wenn der eingesetzte Testamentserbe den Erwerb der Erbschaft aus dem Testamente unterlässt und dadurch, um nur bei dem einfachsten Falle zu bleiben, Destituierung des Testamentes herbeiführt, so fallen an und für sich auch die ihm auferlegten Legate zusammen. Dieser Rechtsgrundsatz hätte leicht zu böswilliger Umgehung des Willens des Verstorbenen und zur Verkürzung der von ihm bedachten Legatare benutzt und missbraucht werden können. Namentlich dann, wenn der eingesetzte Testamentserbe zugleich der nächst berufene Intestaterbe war. Hier lag die Versuchung sehr nahe, aus dem Testamente nicht zu erwerben, hingegen als Intestaterbe anzutreten und so die Absichten des Testators zu vereiteln. Um solcher Verschmitztheit zu begegnen und den Willen des Verstorbenen zu schützen, erklärte der Prätor: wenn der eingesetzte Erbe den Erwerb aus dem Testament unterlasse, dann aber die Erbschaft ab intestato besitze, so werde er ihn gegenüber den Vermächtnissnehmern gerade so behandeln, wie wenn er aus dem Testament erworben hätte; es wäre denn, dass bei der Prüfung, die der Prätor sich vorbehielt, ein zulänglicher Rechtfertigungs- oder Entschuldigungsgrund für jenes Verfahren des eingesetzten Testamentserben sich herausstellen sollte.[10] Weil aber der Prätor in Be-

10) Vgl. L. 1 pr., §. 10, L. 18 pr., L. 24 §. 1 D. Si quis omissa 29, 4, ferner L. 6 §. 2, 3, L. 22 §. 1, s. auch L. 1 §. 4, 5, L. 5, L. 6 pr., L. 26 §. 1 D. eod.; L. 8 §. 9 in fin. D. de inoff. test. 5, 2. Gewöhnlich wird gelehrt, die Unterlassung des Erwerbes aus dem Testamente müsse gerade in der böswilligen Absicht geschehen sein, um die Vermächtnisse zu vereiteln. So z. B. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Comment. XLIII. S. 449 ff., Göschen, Vorles. §. 1027, Arndts, Pand. §. 553. Man kann dieses zugeben; nur freilich nicht in dem Sinn, als ob allemal erst ein besonderer Nachweis des dolus gefordert würde. Der dolus wird

ziehung auf die Legatare alles gerade so behandelte, als ob der Erwerb der Erbschaft aus dem Testamente stattgefunden, so war die Klage, die er ihnen gewährte, die gewöhnliche actio legatorum. Auch wurde diese nach den gewöhnlichen Regeln beurtheilt, war also namentlich nicht etwa an einen annus utilis gebunden, sondern eine actio perpetua.[11] Natürlich konnten aber auf der andern Seite die Legatare niemals mehr fordern, als sie hätten fordern können, gesetzt dass der Belastete wirklicher Testamentserbe geworden wäre. Hätte ihnen daher letzterer als Testamentserbe die quarta Falcidia abziehen dürfen, so mussten sie sich auch jetzt diesen Abzug gefallen lassen.[12]

Die nämlichen Grundsätze wurden nun auch auf den Vater angewendet, welcher den Erwerb aus dem Testamente seines Haussohnes unterliess und es vorzog, das castrense peculium des Testators als peculium und nach Peculienrechte zu besitzen. Nach der Analogie eines heres legitimus muss auch er den Legataren gerade so haften, als ob er aus dem Testament erworben hätte. Diesen wird also gegen ihn, und zwar laut der ausdrücklichen Erklärung des Gaius in der L. 17 §. 3 D. de test.

---

vielmehr bei der im Text angegebenen Sachlage ohne weiteres angenommen, falls nicht eine iusta causa omittendi erfindlich ist. Die unbefangene Durchlesung des tit. D. XXIX, 4 genügt, um sich von dieser Wahrheit zu überzeugen. Die Römer waren auch viel zu praktisch, um in Fällen solcher Art immer erst einen besondern Beweis des dolus zu verlangen. Wollte man sich hiegegen etwa auf den Bericht Ulpian's in der L. 1 pr. D. eod. über den Zweck des Prätors bei dieser Bestimmung berufen, so erwidere ich, dass dieser Zweck eben bloss durch eine durchgreifende Regel zu erreichen stand, und verweise auf die ganz analoge Erscheinung bei dem receptum nautarum, cauponum etc. Vgl. L. 1 pr., §. 1, L. 3 §. 1 D. nautae, caupones 4, 9.

11) L. 1 §. 11 in fine, L. 6 §. 8, L. 7, L. 10 pr., §. 1, 2, L. 18 §. 1, L. 22 §. 1, L. 24 §. 1 D. Si quis om. 29, 4, besonders aber L. 12 §. 1 D. eod.: Heredem eius, qui omissa causa testamenti ab intestato possidet hereditatem, *in solidum legatorum actione teneri* constat; magis est enim, rei persecutionem, quam poenam continere, et ideo et *perpetuam esse.* Ueber die vermuthliche Fassung der Formel bei dieser Klage vgl. Rudorff, Edictum perpetuum (1869) §. 172 (p. 156).

12) L. 6 pr., L. 18 §. 1, L. 25, L. 26 pr. D. Si quis omissa 29, 4; L. 3 C. eod. 6, 39; L. 1 §. 2, L. 22 §. 2 D. ad L. Falc. 35, 2.

mil. 29, 1, gleichfalls die gewöhnliche legatorum actio gegeben. Sie ist auch hier eine actio perpetua, und wir haben demnach den in seiner Art wohl einzigen Fall vor uns, dass die Legatare des Verstorbenen einmal ausnahmsweise eine günstigere Stellung haben, als selbst seine Gläubiger, welchen letztern, wie Papinian in dem princ. unserer L. 17 D. h. t. bemerkt, der Vater nur noch innerhalb eines annus utilis haftbar ist. (S. 247.) In einem andern Stücke stehen freilich die Legatare den Gläubigern gleich. Nämlich darin, dass der Vater auch jenen nur bis zum Belange des castrense peculium aufkommen muss.[13] Der Grund ist jedoch ein ganz verschiedener. Denn er liegt hier in nichts anderm als in der bekannten Regel, dass niemand über das Maass desjenigen, was ihm selbst von dem Verstorbenen zugekommen, mit Vermächtnissen beschwert werden kann. Und weil hier der Grund der blossen Haftung bis auf Höhe des castrense peculium ein anderer, als gegenüber den Gläubigern, ist, so kann in diesem Stücke die Lage der Legatare recht wohl auch eine minder günstige sein, als diejenige der Gläubiger. Setzen wir, der Haussohn hat während seines Soldatenstandes, jedoch in den Formen des gemeinen Rechtes, ein Testament errichtet und ist erst nach Ablauf eines Jahres seit ehrenhafter Verabschiedung gestorben: so ist jetzt zwar sein Testament noch gültig, aber doch nur nach Maassgabe des gemeinen Rechtes.[14] Folglich kann der Vater von dem Betrage

13) Dieses alles sagt Papinian in den Worten: „legitimi heredis exemplo cogetur *ad finem peculii perpetuo* legata praestare“.

14) In diesem Sinne sind die Worte auszulegen: „quod si filius post annum, quam militare desierat, iure communi testamento facto vita decessit“, und nicht, wie vielfach und z. B. auch in der deutschen Uebersetzung des Corpus iuris geschieht, in dem andern, dass der Sohn auch das Testament erst nach Ablauf des gedachten Jahres errichtet hätte. Denn ein veteranus kann überhaupt, und selbst im ersten Jahre nach der Verabschiedung, nicht anders als nach gemeinem Rechte testieren. (§. 29.) Dass die Testamentserrichtung in den gemeinrechtlichen Formen geschehen, sagt Papinian bloss deshalb, weil das Testament sonst seine Geltung durch Ablauf eines Jahres seit der Verabschiedung vom Kriegsdienste verloren haben würde. S. Majansius §. 33 (p. 282 sq.) und vgl. auch Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Comment. XLII. S. 123 fg. Das wahr-

des castrense peculium den Legataren sogar noch die quarta Falcidia abziehen, was natürlich in Ansehung der Gläubiger niemals angeht.

Dieses alles, bemerkt schliesslich Papinian, gilt jedoch nur, wenn dem Vater kein genügender Rechtfertigungsgrund für die Unterlassung des Erwerbes aus dem Testamente zur Seite steht. Einen solchen müsste man namentlich dann anerkennen, wenn das castrense peculium zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreichte. Hätte der Vater aus dieser Rücksicht und um nicht als Erbe zur Deckung der Gläubiger auch noch sein eigenes Vermögen angreifen zu müssen, aus dem Testamente des Haussohnes nicht antreten wollen: so kann ihm nicht der Vorwurf eines dolus gemacht werden, und das edictum Si quis omissa causa testamenti kann daher keine Anwendung auf ihn finden,[15] obwohl er sich in der kurzen Verjährungsfrist, die ihm jetzt gegenüber den Gläubigern zu gute kommt, einen Vortheil verschafft, den er nicht haben würde, wenn er dem Willen des Verstorbenen gemäss aus dem Testamente desselben erworben hätte, und obwohl es wegen dieser kurzen Verjährungsfrist leicht geschehen kann, dass trotz der Ueberschuldung des castrense peculium schliesslich noch ein Gewinn für ihn übrig bleibt.[16]

---

scheinlichste ist übrigens, dass Papinian mit den ausgehobenen Worten überhaupt alle Fälle habe treffen wollen, da der Haussohn, mit Hinterlassung eines zwar gültigen, aber nur nach gemeinem Rechte zu beurtheilenden Testamentes gestorben, gleichviel, ob er dieses noch als Soldat, oder erst nach der Verabschiedung gemacht.

15) Vgl. die L. 42 pr. D. de acq. her. 29, 2.

16) Dieses ist der Sinn der Worte: „quamvis temporis incurrat compendium", wie sie bereits von der glo. Compendium ad h. l. richtig erklärt werden. Vollständig klar wird aber die Bedeutung dieser Schlussworte erst durch die Heranziehung eines andern Ausspruches Papinian's in der L. 26 pr. D. Si quis omissa causa 29, 4. Man sieht daraus, dass im allgemeinen ein dolus angenommen wurde, so oft ein testamentarisch eingesetzter und mit Vermächtnissen belasteter nicht gemäss dem Willen des Testators erwarb und in Folge dessen einen Vortheil hatte, den er in Gemässheit des Willens des Testators erwerbend nicht gehabt haben würde. — Von der L. 17 §. 1 cit. handeln Cujacius lib. II. Definit. Papin. in h. l.; Ant. Faber, Iurispr. Pap. tit. XI. pr. VI. ill. 23; Retes,

§. 36.

Ausser dem so eben besprochenen Falle giebt es noch einen andern, in welchem das castrense peculium jede besondere Auszeichnung verliert und völlig die Natur eines gewöhnlichen Peculiums annimmt. Dieser Fall ist jedoch von sehr viel geringerer praktischer Bedeutung, als der vorige, weshalb ihm sein genügendes Recht zu Theil wird, wenn er hier bloss anhangsweise eine kurze Erwähnung findet. Jene Auszeichnung ist nämlich an das castrense peculium von den Kaisern aus Gunst gegen den Haussohn, der mit Ehren Soldat oder Soldat gewesen, und gleichsam zur Belohnung für seine Verdienste angeknüpft worden. Keineswegs etwa hat sie in einer Ungunst gegen den Vater und Gewalthaber ihre Wurzel. Sie fällt daher weg und das natürliche gemeine Recht des Vaters in Ansehung der Erwerbungen seiner Hauskinder kommt wieder zum Vorschein und zur vollen unverkürzten Geltung, wenn der Haussohn sich durch sein eigenes schlechtes Verhalten des fernern Antheils an der kaiserlichen Rechtswohlthat unwürdig gemacht hat.

Dieses ist vor allen Dingen der Fall, wenn der Haussohn schimpflich aus dem Soldatenstande ausgestossen wird. Wir besitzen dafür in der L. 26 D. de test. mil. 29, 1 folgenden Ausspruch Macer's aus dem lib. II. Militarium:

> Ius testandi de castrensi peculio, quod filiisfamilias militantibus concessum est, ad eos, qui ignominiae causa missi sunt, non pertinet, quod hoc praemii loco merentibus tributum est.[1]

Man darf dieser Stelle gewiss nicht die streng wörtliche Deutung geben, dass sie dem schimpflich entlassenen Haussohne gerade nur die Testierbefugniss absprechen wolle. Denn man vergesse nicht, dass die dem Haussohn verliehene Testierfähigkeit der Ausgangspunkt für seine sämmtlichen Rechte an dem

---

Opusc. lib. III. ad L. ult. ad L. Falc. §. 7 sqq. (in Meerman Thes. VI. p. 181 sq.); Majansius §. 30—33 (p. 279—283). Gut und dabei durch Kürze ausgezeichnet ist auch die Erklärung von Just. Meier, Coll. Argentorat. XLIX, 17 nr. 11.

1) Man vergleiche hiezu, was in §. 2 Anm. 15 (S. 22) von der Wirkung der missio ignominiosa gesagt worden ist.

castrense peculium gewesen ist. Wenn daher Macer den schimpflich entlassenen Haussohn der Testierbefugniss für verlustig erklärt, so nennt er damit nicht bloss eines von vielen auf gleicher Linie stehenden Rechten desselben, sondern vielmehr die Grundlage des ganzen Verhältnisses, und seine wahre Meinung kann keine andere sein als die, dass das castrense peculium nunmehr wieder völlig die Natur eines gewöhnlichen Peculiums erhalte. Noch deutlicher erhellt dieses aus dem beigefügten Entscheidungsgrunde. Denn nicht bloss die Testierbefugniss, sondern alle Rechte, welche dem Haussohn in Beziehung auf das castrense peculium zustehen, sind ihm „praemii loco" eingeräumt. Warum also sollte er bei schimpflicher Verabschiedung gerade allein die Testierbefugniss einbüssen, alle andern Rechte aber behalten? Ueberdies wird in der L. 8 §. 1 D. de excus. 27, 1 ausdrücklich erklärt, dass die mit Schimpf aus dem Heer ausgestossenen denen gleich geachtet würden, die niemals Soldaten gewesen.[2]

Aber auch dann tritt die nämliche Folge ein, wenn der Haussohn, sei es als Soldat, sei es erst als Veteran, ein Verbrechen begeht, welches bei einem Gewaltfreien die Vermögensconfiscation nach sich zieht. Der Verbrecher selbst hat zwar natürlich nicht minder, als ob er ein Gewaltfreier wäre, jedes Anrecht auf sein bisheriges Vermögen, das castrense peculium, verwirkt; allein aus der oben erwähnten Rücksicht hat er es nicht, wie gewöhnlich, zu Gunsten der Staatskasse verwirkt, sondern lediglich zu Gunsten seines Gewalthabers, der also nunmehr das bisherige castrense peculium an sich nimmt, gerade so, als ob es ein gewöhnliches peculium gewesen wäre. Für den Fall, wenn der Haussohn eine Deportation erleidet, wird dieses ausdrücklich ausgesprochen in der L. 3 C. de bonis proscript. 9, 49, einem Rescripte Alexander's vom J. 226, welches folgendermaassen lautet:

---

2) Die hier bekämpfte engere Auslegung der Stelle findet sich z. B. bei Retes cap. III. §. 18 (p. 250 sq.); Glück, Commentar XIV. §. 906 unter Nr. IV. (1. Aufl. S. 362), XXXIV. S. 119 Anm. 56; Thibaut, System des Pand.-R. 8. Ausg. §. 251; Hänsel, Bemerkungen und Excurse üb. das kgl. sächs. Civilr. I. S. 382; Sintenis, Pract. gem. Civilr. III. §. 141 Anm. 57.

Si filius tuus, quum esset in tua potestate, in insulam deportari meruit, peculium eius, nec quod in castris acquisivit vel quod ei militaturo donasti, auferri tibi debet.

Diese Stelle ist also mit der L. 26 D. cit. in Verbindung zu bringen, und es braucht wohl kaum erst der Bemerkung, dass durch sie das Ergebniss, welches ich oben aus der L. 26 abgeleitet, noch sehr erheblich unterstützt wird.[3]

---

3) Ich übersetze die L. 3 C. cit. so: „Wenn dein Sohn, während er in deiner Gewalt stand, sich einer Deportation schuldig gemacht hat, so darf dir sein peculium, auch selbst dasjenige (peculium), welches er im Kriegsdienst erworben hat oder welches du ihm bei seinem Eintritt in den Kriegsdienst geschenkt hast, nicht genommen werden." Diese Auffassung scheint mir ungezwungener, als diejenige von Marezoll, Ueber die bürgerliche Ehre (1824) S. 55 Anm. 1, welcher in der Fassung der Stelle nur eine Nachlässigkeit statt: „*nec* peculium eius, nec quod" rel. erblickt, demgemäss die beiden Relativsätze von „peculium" ganz ablöst und dieses Wort bloss auf das sog. peculium profecticium bezieht. Der Sinn bleibt beide Male der gleiche. — Wegen der Vermögensconfiscation als Folge der Deportation vergleiche man z. B. die L. 1 pr. D. de bon. damn. 48, 20 und die L. 8 §. 1, 2 D. qui test. fac. 28, 1. — Manche wollen übrigens in der L. 3 C. cit. nicht eine einzelne Folge aus einem allgemeinern Grundsatze, sondern vielmehr ein ganz besonderes, eigenthümliches Privilegium des Vaters erblicken, bei einem an sich mit Vermögensconfiscation bedrohten Verbrechen des Haussohnes das castrense peculium an sich zu ziehen. So z. B. Thibaut a. a. O.; Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilr. 5. Aufl. III. §. 390 (S. 80); Göschen, Vorles. §. 730. II. B. Eine richtigere Ansicht von der Sache haben Duarenus ad L. 46 (44) Servum filii D. de legat. I. s. fin.; Cujacius, Comm. in L. 2 D. de servitut.; Diod. Tuldenus († 1645), Comm. ad C. IX, 49 de bon. proscr. nr. 4; Retes cap. VI. §. 12 (p. 259); Zimmern, Geschichte des röm. Privatr. I. §. 187 (S. 688); Marezoll in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. VIII. S. 366, XIII. S. 211 fg. Vgl. auch schon Cinus ad L. Si filius (3) C. de bon. proscr. 9, 49 und ad L. Si quis in tantam (7) C. unde vi 8, 4 nr. 12; Baldus ad L. 3 C. cit.; Raphael Fulgosius ibid. nr. 3. Bei mehrern dieser Schriftsteller begegnet man folgender Schlussfolgerung: Der deportierte sei einem gestorbenen gleich zu achten: L. 1 §. 8 D. de B. P. c. t. 37, 4, L. 4 §. 2 D. de bon. lib. 38, 2, L. 63 §. 10 D. pro socio 17, 2; sein früher errichtetes Testament aber falle zusammen: L. 8 §. 1, 2 D. qui test. fac. 28, 1. Da nun bei dem Tode des Haussohnes ohne gültiges Testament sein castrense peculium nach Peculienrechte dem Vater zufalle, so sei es nur folgerecht, dass dieses auch dann geschehe, wenn

Hiemit kann ich den Fall, da der Haussohn durch schlechtes Verhalten seine begünstigte Stellung zu dem castrense peculium verwirkt, im ganzen für erledigt achten. Und dieses schon um deswillen, weil von ihm die Quellen nirgends reden, als in den mitgetheilten beiden Stellen. Zudem versteht sich von selbst, dass dieser Fall in allen Stücken nach der Analogie desjenigen zu behandeln ist, zu welchem ich jetzt wieder zurückkehre, nämlich des Falles, wenn die juristische Umwandlung des castrense peculium in ein gewöhnliches peculium durch testamentloses Sterben des Haussohns herbeigeführt wird.

§. 37.

Diese Umwandlung hatte ihren Grund in einer Rücksicht auf das frühere, dem Gewalthaber günstigere Recht, wie es vor Hadrian's Neuerungen gegolten. Liess man aber, falls der Haussohn ohne Testament verstarb, dieses frühere Recht zu Gunsten des Vaters in dem einen Stücke fortbestehen, dass ihm das castrense peculium nach Peculienrecht anheimfiel, so konnte man kein Bedenken finden, noch einen Schritt weiter zu gehen. Und dieser Schritt bestand darin, dass man jetzt auch alle Verfügungen zur Wirksamkeit gelangen liess, welche der Vater schon bei Lebzeiten des Sohnes über castrensische Sachen getroffen, gesetzt nur, dass sie in dem gleichen Fall auch schon nach jenem frühern Rechte zur Wirksamkeit gelangt wären. Das sind aber, wie wir gesehen (§. 16), Verfügungen, deren Wirkung ohnehin und wenn ihnen selbst von Anfang an gar kein Hinderniss im Wege gelegen hätte, wenn sie also von irgend einem paterfamilias über sein Eigenthum geschehen wären, nach der Natur oder nach dem Inhalte des betreffenden Geschäftes bei dem Tode des Sohnes noch würde ausgestanden haben. In diese Reihe gehören namentlich Vindicationslegate castrensischer Sachen, directe testamentarische Freilassung castrensischer Sklaven, Erbeinsetzung

der Haussohn eine Deportation erfahre. Allein dieser Schluss wäre doch wohl nur triftig, falls auch bei der Deportation eines paterfamilias alles, wie bei testamentlosem Tode des deportierten, gehalten, sein Vermögen also nicht confisciert, sondern ab intestato vererbt würde.

gleichzeitig für frei erklärter castrensischer Sklaven mit der Wirkung, dass der eingesetzte ein necessarius heres des Vaters wird.[1] Nicht minder ist aber hierher zu stellen auch die Veräusserung castrensischer Sachen unter Lebenden, falls sie unter einer Bedingung geschehen, die erst nach dem Tode des Haussohnes eintritt, wiewohl wir dafür keine äussere Beglaubigung besitzen.[2]

In analoger Weise scheint man noch eine andere Frage entschieden zu haben, wahrscheinlich ebenfalls in Anlehnung an das frühere Recht. Die Frage nämlich, wie es sich mit Erwerbacten verhalte, welche ein castrensischer Sklave bei Lebzeiten des Sohnes ausdrücklich für den Vater und auf seinen Namen vorgenommen. War die Stipulation oder der Empfang durch Mancipation schlechthin und unbedingt („simpliciter") geschehen (wie es bei der Mancipation laut der fr. Vat. §. 329 und der L. 77 D. de R. I. 50, 17 anders überhaupt gar nicht angieng,

1) L. 9 D. h. t. 49, 17 (Ulp. und Marcell.), L. 44 pr. D. de legat. I. (30), ebenfalls von Ulpian; L. 19 §. 3 D. h. t. 49, 17 von Tryphonin. Diese fortgesetzte Anwendung des frühern Rechtes wurde jedoch, wie es im Texte dargestellt ist, von den spätern klassischen Juristen überall nur gemacht auf solche Geschäfte des Vaters in Ansehung castrensischer Sachen, deren Wirkung bei dem Tode des Sohnes ohnehin erst noch der Zukunft angehört, nicht aber auf solche, die, unter der Voraussetzung ihrer Gültigkeit, ihre Wirkung schon bei Lebzeiten des Sohnes hätten äussern müssen. Und zwar selbst dann nicht, wenn sie, wie z. B. der Erwerb von Dienstbarkeiten für castrensische Grundstücke, dem Sohne vortheilhaft waren und daher nach dem frühern Rechte gültig gewesen wären. (§. 26 Nr. 3.)

2) Vgl. meine Abhandlung in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht II. S. 255 Anm. 79, Vangerow, Lehrbuch der Pand. 7. Aufl. I. S. 145 fg., Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts §. 91. In Rücksicht auf das im Texte folgende bemerke ich, dass nach der jetzt von mir gewonnenen Ueberzeugung unter den römischen Juristen über die Behandlung bedingter Geschäfte und namentlich bedingter obligatorischer Geschäfte ein Streit bestand, dass aber die herrschende und in dem Justinianischen Rechte anerkannte Ansicht keine Rückwirkung der erfüllten Bedingung eintreten liess, sondern vielmehr annahm, dass das unter einer Bedingung geschlossene Geschäft erst durch die Erfüllung der Bedingung vollkommen zu Stande komme und also natürlich auch jetzt erst und von jetzt an seine eigentliche Wirkung erzeuge. In dem Ergebnisse für das Justinianische und heutige Recht stimme ich also, soweit es sich nur um die Suspensivbedingung handelt, Windscheid nunmehr durchaus bei.



so musste, analog den Verfügungen des Vaters über castrensische Sachen, an die sich eine sofortige Wirkung geknüpft haben würde, der Act von vornherein und auf alle Fälle hin als ungültig erscheinen, da ein castrensischer Sklave, so lange der Haussohn lebte, dem Vater ganz fremd, wie irgend einem Dritten, gegenüberstand.[3] Hatte dagegen der Sklave für den Vater stipuliert unter einer Bedingung, welche, als der Sohn testamentlos vor dem Vater starb, noch schwebte, so war, wiederum nach der Analogie von Verfügungen des Vaters über castrensische Sachen, kein Grund, ihr die Geltung zu versagen. Und dass man sie wirklich gelten liess, scheint aus dem „simpliciter“ in der L. 15 §. 3 D. h. t. 49, 17 (Anm. 3) hervorzugehen. (Vgl. §. 23 Anm. 7.)

Dass solche Stipulationen castrensischer Sklaven für den Vater, sowie Verfügungen des letztern über castrensische Sachen gelten müssten, falls ihre Wirkung nach Maassgabe des Geschäftes erst eintrat, nachdem bereits der Sohn ohne Testamentserben gestorben und so das castrense peculium zufolge Peculienrechtes dem Vater zugekommen, das war, so viel wir sehen können, unter den spätern klassischen Juristen allgemein als feststehend anerkannt. Eine Zeit lang scheint jedoch nach den Aeusserungen Tryphonin's in der L. 19 §. 3 D. h. t. 49, 17 ein gewisser Zweifel darüber bestanden zu haben. Er hatte seinen Anlass in den theoretischen Schwierigkeiten, mit welchen die Anerkennung jenes Satzes verbunden war. Ich habe davon schon früher geredet (§. 20), und dort auch bereits angegeben, wie man sich über die Bedenken hinweghalf. Man wandte nämlich die Analogie des postliminium an und meinte, gleichwie hier die aus der feindlichen Gewalt befreite Sache nach rückwärts und selbst

3) Vgl. die Aeusserung Papinian's in der L. 15 §. 3 D. h. t. 49, 17 verb.: non enim — — servus, qui peculii castrensis est, quique nullo iure, quamdiu filius vivit, patri subiectus est, aliquid acquirere simpliciter stipulando vel accipiendo patri potest, und vbd. damit Gai. III, 108, 166; §. 4, 19 I. de inutil. stip. 3, 19. Von der Tradition habe ich im Texte nicht geredet, da ein Erwerb aus Tradition auch durch Stellvertreter, und folglich auch durch fremde Sklaven möglich war. Vgl. L. 31 §. 2 D. de usurp. 41, 3; L. 34 §. 2 D. de acq. poss. 41, 2.

für die Zeit, während welcher sie unleugbar in dem Eigenthum eines andern gestanden, wieder als Eigenthum ihres frühern Herrn betrachtet und behandelt werde, so könne man auch dem Vater, wenn ihm bei testamentlosem Tode des Sohnes das castrense peculium anheimfalle, nach rückwärts und schon für die Lebzeit des Sohnes das Eigenthum der castrensischen Sachen zuschreiben.[4]

Es liegt nicht ferne, diese Art der Behandlung auf folgende Gedankenreihe zurückzuführen. Solle der Vater das castrense peculium als peculium und nach Peculienrecht erhalten, so setze das doch eigentlich voraus, dass jene Vermögensmasse schon bisher und von Anfang an ein blosses peculium gewesen; denn als peculium könne nichts anfallen, was eben nicht bereits peculium sei. Müsse man aber demgemäss das castrense peculium für den Fall, dass der Sohn ohne Testament vor dem Vater versterbe, von Anfang an als ein blosses peculium betrachten, so sei es nichts weiter als folgerecht, nunmehr auch die einzelnen dazu gehörigen Sachen von Anfang an als Eigenthum des Vaters anzusehen.

So pflegt man sich denn auch sehr allgemein die Sache vorzustellen, und schon bei den Römern hat dieser Gedankengang unverkennbar eine Rolle gespielt.[5] Allein den wirklich entscheidenden und ausschlaggebenden Umstand dürfen wir darin nicht erblicken. Der eigentlich bestimmende Grund, weshalb man gewisse Verfügungen des Vaters über castrensische Sachen und gewisse auf seinen Namen geschehene Stipulationen castrensischer Sklaven nachträglich zur Kraft und Wirkung gelangen liess, bestand nicht etwa, wie gemäss jener Vorstellung anzunehmen wäre, in einer Rücksicht auf die Anforderungen der juristischen Consequenz, sondern er lag allein in der Absicht, so oft das castrense peculium an den Vater kam, nunmehr alles,

4) L. 19 §. 3 D. cit. (s. die folg. Anm.) S. auch L. 9 in fine D. h. t. 49, 17 (Ulp.); L. 98 §. 3 D. de solut. 46, 3 (Paul.).

5) S. Tryphonin in der cit. L. 19 §. 3 in fine verb.: quod si intestatus decesserit filius, postliminii cuiusdam similitudine pater *antiquo iure habeat peculium retroque videatur habuisse rerum dominia;* Ulpian in der L. 9 D. eod.

was schon an und für sich betrachtet noch der Zukunft angehörte, nach Maassgabe des frühern, dem Vater günstigern Rechtes zu beurtheilen. Die Herbeiziehung des postliminium und die Annahme eines Schwebeverhältnisses wurde nur als ein Auskunftsmittel benutzt, um diese Art der Behandlung zu ermöglichen und mit den bestehenden Rechtsgrundsätzen einigermaassen zu versöhnen. (§. 20.) Deswegen wurden daraus auch keinerlei weiter gehende Folgerungen gezogen, als eben die auf die Gültigkeit der genannten Verfügungen und Stipulationen. Im Gegentheil wird sogar ausdrücklich gewarnt, dergleichen weitergehende Folgerungen zu machen. So fügt Tryphonin in der L. 19 §. 4 D. h. t. 49, 17 den in der Anm. 5 abgedruckten Worten sofort und zu dem unverkennbaren Zwecke der Verhütung jeder ungehörigen und zu weit gehenden Anwendung die Bemerkung bei:

> non tamen, si ut heres vivo filio vindictam servo imposuit, dicatur eum post mortem intestati filii ex illa manumissione liberum factum esse.[6]

Aber weisen die Quellen nicht doch eine weiter gehende Anwendung auf? Es ist nicht zu leugnen, eine ist vorhanden. Sie findet sich in folgender Entscheidung des Paulus aus dem 15. Buche der Quaestiones, in dem Corpus iuris enthalten als L. 98 §. 3 D. de solut. 46, 3:

> Rem autem castrensis peculii solventem patrem perinde accipere debemus, ac si alienam dedisset, quamvis possit residere apud eum, cui soluta est, prius mortuo intestato filio; sed tunc acquisita creditur, quum filius decesserit, et utique cuius fuerit, eventus declaret, sitque et hoc ex his, quae post factis, in praeteritum quid fuerit, declarent.

Eine castrensische Sache also, welche der Vater bei Lebzeiten des Sohnes Behufs der Erfüllung einer Verbindlichkeit gegeben, soll Eigenthum des Empfängers werden, falls der Vater den testamentlos gestorbenen Haussohn überlebt, und

---

6) Heres ist hier natürlich so viel, wie herus, dominus. Vgl. §. 7 I. de hered. qual. 2, 19 und Schrader ad h. l. S. auch Ant. Faber, Iurispr. Papin. tit. XI. pr. VI. ill. 12; Retes cap. VI. §. 21 (p. 261); Majansius §. 36 (p. 287).

dieses soll sich aus dem Schwebeverhältnisse rechtfertigen. Diese Entscheidung darf mit allem Grunde auffallen; um so mehr, als sie einen Rechtsact betrifft, welchem als einem von denen, „qui statim efficere solent“ schon das ältere Recht die Geltung unter allen Umständen würde abgesprochen haben. (§. 16.) Wie sollen wir sie erklären? Sollen wir etwa annehmen, dass Paulus in einen Fehler verfallen, den er selbst in der L. 1 D. de R. I. 50, 17 rügt? in den Fehler nämlich, einer Regel, welche bloss und allein zu einer gewissen theoretischen Rechtfertigung ganz bestimmter Sätze dienen sollte und einzig zu diesem Ende aufgestellt war, eine ihr völlig fremde selbständige Bedeutung beizumessen und sie demgemäss in unstatthafter Weise zur Ableitung noch anderer, unrichtiger Sätze zu verwerthen? Eine solche Annahme hat aber schwerlich viel ansprechendes und ist auch nicht gut zu vereinigen erstens damit, dass Paulus das Eigenthum des Empfängers nicht auf den Augenblick der Zahlung, sondern nur auf den Augenblick des Todes des Haussohnes zurückrechnet, und zweitens mit der eigenthümlichen conjunctivischen Redeweise am Schlusse der Stelle. Wir müssen uns daher nach einer andern Erklärung umsehen. Ich glaube aber, wir gehen nicht fehl, wenn wir das Verfahren des Paulus folgendermaassen auffassen. Wenn jemand, der als Nichteigenthümer eine Sache zu Eigenthum übergeben, nachher das Eigenthum erlangt, so soll dieses dem Empfänger praktisch die Stellung eines Eigenthümers verschaffen. Das ist die wahre Meinung bei der Gewährung der exceptio doli (exc. rei venditae et traditae), welche ihm und jedem seiner Rechtsnachfolger gegen die Vindication des Uebergebers, sowie eines jeden seiner Rechtsnachfolger zugestanden wird.[7] Es wäre daher ganz sachgemäss und würde überdies zu einer erheblichen Vereinfachung des Verhältnisses gereichen, wenn es angienge, ihn geradezu als wirklichen Eigenthümer zu betrachten. Nur steht freilich in der Regel zur Erzielung dieses Ergebnisses kein theoretisches Mittel zu Gebote. Im gegebenen Falle liegen aber ausnahmsweise die Umstände anders und gün-

---

7) Vgl. z. B. Vangerow, Lehrb. der Pand. I. §. 334 (7. Aufl. S. 659 ff.), Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts §. 197.

stiger. Hier kann man sehr wohl zum Ziele kommen, sobald man sich nur zu einer kleinen Erweiterung der Anwendung des Schwebeverhältnisses entschliessen will, welches ohnehin schon aus anderweiten Rücksichten angenommen werden muss. Warum also nicht die gebotene Handhabe ergreifen? und warum nicht hier mindestens, wie es praktisch wünschenswerth und nützlich ist, dem Empfänger von dem Tode des Sohnes an wirkliches Eigenthum zuschreiben?

Neben diesen praktischen Rücksichten konnte aber Paulus noch folgendes geltend machen und dadurch seine Entscheidung sogar auch mit der Regel in einen leidlichen Einklang bringen. Wenn der Vater dadurch, dass er den testamentlos verstorbenen Haussohn überlebe, nachträglich das Eigenthum der schon bei Lebzeiten des Sohnes einem Dritten zur Zahlung gegebenen castrensischen Sache erwerbe, so müsse dieses für den Empfänger jedenfalls eine neue, jetzt erst eintretende Rechtswirkung erzeugen, nämlich die Entstehung der exceptio doli gegen das Vindicationsrecht des nunmehrigen Eigenthümers. Insofern handle es sich denn also auch hier um einen neuen, erst in die Zeit nach dem Tode des Sohnes fallenden Erfolg. Wenn nun überhaupt alle erst nach dem Tode des Sohnes eintretende Wirkungen aus früher schon von Seite des Vaters über castrensische Sachen gemachten Verfügungen nach Maassgabe der Annahme beurtheilt würden, als ob dieser schon bei Lebzeiten des Sohnes Eigenthümer der castrensischen Sachen gewesen wäre: so sei es nur folgerecht, diese Art der Beurtheilung auch auf jene hier in Frage stehende Wirkung anzuwenden. Dieses führe aber eben zu dem Ergebnisse, dass derjenige, welcher von dem Vater die Sache zur Zahlung empfangen, bei dem Tode des Sohnes statt einer blossen exceptio doli diesmal das Eigenthum der Sache selbst erwerbe.

Nur aus der Heranziehung dieses Gedankens dürfte es sich ausreichend erklären, dass Paulus den Eigenthumserwerb des Empfängers nicht schon auf die Zeit des ursprünglichen Empfanges zurückführt, sondern ihn vielmehr erst von dem nämlichen Zeitpunkte an rechnet, in welchem der Empfänger jene exceptio doli erworben haben würde, das heisst erst von dem Tode des

Haussohnes an. Bei all' dem konnte sich der Jurist nicht verhehlen, dass er mit seiner Entscheidung doch eigentlich über den Zweck und die Aufgabe des Schwebeverhältnisses hinausgieng und dieses auf einen Fall anwendete, dergleichen man bei der Aufstellung dieses Verhältnisses nicht im Sinne gehabt. Denn man hatte ja dabei überall nur an solche Verfügungen von Seite des Vaters über castrensische Sachen gedacht, welche nach dem frühern Rechte gültig und wirksam gewesen wären. Aus dem frühern Rechte aber war die Entscheidung des Paulus in keiner Weise zu rechtfertigen. Deswegen drückt er sich denn eben auch nur conjunctivisch aus. Aus den erwähnten praktischen Rücksichten, meint er, möge man sich zu einer ausdehnenden Verwendung des Schwebeverhältnisses auch in dem von ihm gesetzten Falle verstehen.[8]

§. 38.

Wie wenig die Aufstellung dieses Schwebeverhältnisses aus dem oben angedeuteten Gedankengange abgeleitet werden darf, und wie wenig es überhaupt den Römern als etwas gerade mit dem Anfall nach Peculienrechte nothwendig und untrennbar zusammenhängendes erschien, erhellt am besten daraus, dass das nämliche Schwebeverhältniss auch für den Fall angenommen wird, wenn der Vater das castrense peculium als eingesetzter Testamentserbe seines Haussohns erwirbt. Dass in diesem Fall der Erwerb ganz entschieden nicht nach Peculienrechte, sondern vielmehr nach Erbschaftsrechte erfolgt, ist bereits an einer frühern Stelle nachgewiesen worden. (§. 34 a. E.) Demungeachtet nehmen die Römer keinen Anstand, zu erklären, auch hier sei nunmehr der Vater schon nach rückwärts und von Anfang an als der Eigenthümer der castrensischen Sachen zu betrachten.

---

8) Mühlberg in seiner Diss. de peculio castrensi non retrotrahendo p. 30 sqq. will den Ausspruch des Paulus überhaupt nur von der exceptio doli verstehen, welche der Empfänger der Sache nach dem Tode des Sohnes gegen die Vindication des Vaters erhalte, was schwerlich mit dem Wortlaute der Stelle zu vereinbaren ist. Sehr ungenügend ist die Erklärung in der Glosse (glo. ad h. l. und glo. Vindictam ad L. 19 §. 4 D. h. t. 49, 17), ferner bei Bartolus ad h. l. und bei Retes cap. VI. §. 8 (p. 258).



Dieser Satz ist zwar von den meisten, welche die Frage überhaupt berühren, geleugnet worden; aber mit grossem Unrechte. Denn seine Wahrheit geht mit voller Bestimmtheit aus der schon oben (§. 20) besprochenen L. 20 D. h. t. 49, 17 hervor. Und es ist dort bereits gesagt worden, dass dieser Ausspruch des Paulus gar nicht einmal allein steht. Vielmehr steht ihm eine nicht minder unzweideutige Erklärung Ulpian's in der L. 1 §. 22 D. de collat. 37, 6 zur Seite, welche jetzt ebenfalls genauer besprochen werden muss. Sie ist aus dem 40. Buche des Edictscommentars entnommen und lautet so:

> Si is, qui bona collaturus est, habeat filium peculium castrense habentem, non cogetur utique peculium eius conferre. Sed si iam tunc mortuus erat filius eius et castrense peculium habuit, quum moritur[1] is, cuius bonorum possessio petenda est: an conferre cogatur? Quum autem vindicari id patri non sit necesse, dici oportebit conferendum; non enim nunc acquiritur, sed non adimitur. Amplius dico, et si institutus fuerit a filio heres necdum adierit habeatque substitutum, quia non magis nunc quaeritur, quam nunc non alienatur, conferri debere.[2]

Der erste der in der Stelle behandelten Fälle macht keine Schwierigkeit. Ein collationspflichtiger Emancipierter braucht das castrense peculium eines noch lebenden Sohnes keinesfalls mit zu conferieren. Aus dem einfachen Grunde nicht, weil es ein

---

1) Die Florent. hat „morietur“, was Th. Mommsen in seiner Digestenausgabe beibehält, wogegen er vorher das „habuit“ der Flor. in „habebit“ verändert. Wie ich die Stelle verstehe, scheint es mir indessen dem Sinn entsprechender, so, wie in frühern Ausgaben, z. B. in der Kriegel'schen geschieht, das „habuit“ beizubehalten und statt „morietur“ „moritur“ oder noch besser mit Haloander „moreretur“ zu setzen.

2) Die sorgfältigste unter den mir bekannten Erklärungen der Stelle giebt Fein, Das Recht der Collation S. 41—48. Ziemlich oberflächlich ist die Stelle behandelt bei Cujacius, Comm. in tit. D. de coll. bon. ad h. l. Vgl. auch noch Azo, Summa Cod. VI, 20 de collat. nr. 9, Mühlenbruch, Observat. iur. rom. p. 30, die Uebersetzung von Sintenis im deutschen Corpus iuris und Mühlberg, Diss. de pec. cast. non retrotrah. p. 41 sqq.

ihm völlig fremdes Vermögen ist.[3] Gesetzt aber, so fährt Ulpian fort, dass schon zur Zeit des Todes des Grossvaters, dessen Nachlass den Gegenstand der nachzusuchenden bonorum possessio bildet, der Sohn des collationspflichtigen (ohne Testament) gestorben war und ein castrense peculium gehabt hat: muss er es dann conferieren?[4] Man wird sich, meint der Jurist, für die Bejahung entscheiden müssen. Denn der Anfall des castrense peculium an den Vater, welcher seinen testamentlos gestorbenen Haussohn überlebt, ist juristisch nicht gleich einem neuen Erwerbe, sondern gleich einer blossen Nichtentziehung zu behandeln. Bis hieher ist alles klar. Was wollen aber die Worte: „quum vindicari id patri non sit necesse“? Man pflegt sie ganz allgemein von einer Vindication zu verstehen, während im übrigen die Erklärungen aus einander laufen. Sintenis in der deutschen Uebersetzung des Corpus iuris denkt geradezu an die Eigenthumsklage und scheint die Meinung des Ulpian dahin aufzufassen, dass der Vater das castrense peculium conferieren müsse,

3) S. §. 26 Nr. 4. Fein S. 42 Nr. 2 b. glaubt jedoch, der Vater müsse das castrense peculium nachträglich conferieren, wenn es ihm etwa später iure peculii anfalle. Denn dann müssten, wegen der rückwirkenden Kraft, alle die vor dem Tode des Grossvaters bereits angeschafften Peculienstücke als Eigenthum des Vaters beim Tode des Grossvaters gelten. Dieses ist eine entschieden falsche und dem klaren Wortlaute der L. 1 §. 22 cit. widersprechende Verwendung des Schwebeverhältnisses.

4) Ich beziehe also das „iam tunc“ nicht mit Cujacius und der deutschen Uebersetzung des Corpus iuris auf die Zeit der vorzunehmenden Collation, sondern mit Fein, Azo und der Glosse auf das folgende „quum moritur“, worauf es doch unverkennbar hinweist. Das „habuit“ dagegen beziehe ich mit Cujacius und Azo auf den Enkel und nicht mit Fein und der deutschen Uebersetzung des Corpus iuris auf den collationspflichtigen Sohn. Sprachlich scheint mir dieses kaum anders möglich, und ein plötzlicher Wechsel der Subjecte, welchen Fein hiegegen geltend macht, ist offenbar nicht bei dieser Auslegung, sondern vielmehr bei der seinigen vorhanden. Die Glosse (glo. Habuit ad h. l.) stellt es zur Wahl, das „habuit“ auf den Sohn oder auf den Enkel zu beziehen. Für den Sinn macht das eine oder andere keinen sehr bedeutenden Unterschied, obwohl immerhin auch der innere Zusammenhang der Stelle ein etwas besserer wird, wenn man das „habuit“ von dem Enkel und nicht von dem Sohne versteht.

weil er es bei dem Tode des Grossvaters bereits in Händen gehabt und also nicht nöthig habe, erst mittels der Eigenthumsklage seine Herausgabe zu fordern. Allein mit Recht wird hiegegen schon von Fein bemerkt, dass der Umstand, ob der Vater das peculium wirklich in Händen, oder ob er nur eine Klage auf die einzelnen Peculiarobjecte habe, für die Collationspflicht gänzlich unerheblich sei. Fein selbst will daher das vindicari in einem etwas uneigentlichern Sinn auf die hereditatis petitio beziehen und findet, gleich der Glosse (glo. Cum autem ad h. l.), in der Aeusserung Ulpian's folgenden Gedanken: Wenn der Sohn ohne Testament versterbe, so brauche der Vater sich nicht erst durch Erbschaftsantretung ein Recht auf das peculium und eine Klage, die hereditatis petitio, zu erwerben. Denn das peculium werde dann nicht wie eine hereditas behandelt (wie dieses der Fall, wenn der Sohn testiert habe), sondern wie ein gewöhnliches peculium profecticium, das dem Vater nicht erst durch den Tod des Sohnes erworben werde, sondern ihm bereits früher, von Anfang an, erworben gewesen und ihm auch später nicht durch die Veräusserungsbefugniss des Sohnes entzogen sei.[5] Allein ist diese Auslegung nicht eine etwas gar zu freie? und wie stimmt sie ferner zu dem nachfolgenden Satze, in welchem Ulpian den Vater auch in dem Fall zur Collation anhält, wenn er eines Erbschaftsantrittes bedarf, um überhaupt das castrense peculium zu bekommen? Ueber diese und andere Bedenken wird, so lange man bei der technischen Bedeutung von vindicari stehen bleibt, schwerlich hinwegzukommen sein. Dagegen löst sich alles auf die einfachste und befriedigendste Weise, sobald man das Wort vindicare hier in einem andern, gleichfalls gar nicht ungewöhnlichen Sinne versteht, nämlich in dem Sinne von zusprechen, zuerkennen, vorbehalten.[6] Ulpian's Gedankengang stellt sich dann ein-

5) Kürzer und vielleicht klarer drückt die Glosse diesen Gedanken so aus: „Dic, non est necesse patri vindicare, scilicet iure hereditario, quasi nunc de novo factus dominus; et ideo confert, quasi tempore mortis sui patris habuerit".

6) Man vergleiche Brissonius de verb. sign. s. v. Vindicare nr. 3, und füge den dort angeführten Stellen auch noch die folgenden bei: L. 6 §. 7 in f. D. de iniusto, rupto 28, 3, L. 8 §. 14 D. de inoff. test. 5, 2,

fach als folgender heraus: Der Haussohn selbst würde sein castrense peculium niemals zu conferieren brauchen, sondern es stets als praecipuum behalten. (§. 27.) Deswegen bestehe jedoch noch kein zwingender Grund, es nach dem Tode des Haussohnes gleichermaassen auch dem Vater vorzubehalten; denn in der Hand des Vaters erscheine es gar nicht mehr als castrensisches Vermögen.[7] Liege nun aber in dieser Rücksicht keine Nöthigung, das castrense peculium dem Vater als praecipuum zuzusprechen (quum autem vindicari id patri non sit necesse): so müsse man ihn zur Collation für verbunden erklären, da hier für die juristische Betrachtung und Behandlung nicht sowohl der Gesichtspunkt eines neuen Erwerbes, als vielmehr derjenige eines blossen Nichtverlustes maassgebend sei.[8]

Man möchte freilich denken, Ulpian hätte seine Entscheidung anders und einfacher begründen können. Denn hätte es für seine Zwecke nicht vollkommen ausgereicht, sich darauf zu berufen, dass das castrense peculium des testamentlos gestorbenen Haussohnes dem Vater nach Peculienrecht, also ohne weiteres und unmittelbar von selbst anheimfalle? Allein dem Ulpian kommt es eben gerade darauf an zu zeigen, dass seine Entscheidung nicht einzig in der Rücksicht auf diesen unmittelbaren Anfall nach Peculienrecht ihren Grund habe, sondern in einem

---

L. 9 pr., 13 pr. D. de re milit. 49, 16. Wo in den juristischen Quellen vindicari in Verbindung mit dem Dativ steht, dürfte dieses sogar die regelmässige Bedeutung sein.

7) Castrensia esse mutatione personae desierunt: L. 90 §. 1 D. de acq. her. 29, 2. (S. 246 fg.) Schon die Glosse (glo. Cum autem ad L. 1 §. 22 cit.) weist auf diesen Grundsatz hin, freilich ohne ihn für die Erklärung des „vindicari" zu verwerthen.

8) Vgl. auch Ulpian's Aeusserung in der L. 9 D. h. t. 49, 17: Sed quum nihil de peculio decernit filius, non nunc obvenisse patri, sed non esse ab eo profectum creditur. — Dass vindicare gerade in dieser Bedeutung und Anwendung (des Vorbehaltens als praecipuum) nicht selten vorkommt, beweisen die L. 6 Th. C. de postul. 2, 10 und ihre westgothische Interpretatio, ferner die L. 2 Th. C. de assessor. 1, 35, L. 34 C. de episc. 1, 3. Vgl. auch noch Nov. Valent. III. tit. II. L. 2 §. 4 in f., L. 8 C. de advoc. div. iudicior. 2, 7, L. 5 pr. C. de silentiar. 12, 16, L. 7 C. de bon. quae lib. 6, 61.

allgemeinern Gedanken, aus welchem die gedachte Art des Anfalls an den Vater selbst nur eine blosse Folge sei. Nämlich in dem Gedanken, dass, so oft das castrense peculium aus irgend einer Ursache dem Vater zukomme, sei es nun wegen testamentlosen Todes des Haussohnes, sei es weil dieser seinen Vater testamentarisch zum Erben eingesetzt, sei es endlich weil der Haussohn seine günstige Stellung zu dem castrense peculium durch schlechtes Benehmen verloren, — dass dann allemal das Verhältniss juristisch nicht gleich einem neuen Erwerbe, sondern gleich einer blossen Nichtentziehung behandelt werde. Darum fügt er denn auch alsbald bei, dass der Vater das castrense peculium nicht allein dann conferieren müsse, wenn sein Haussohn vor dem Grossvater testamentlos verstorben, sondern nicht minder auch dann, wenn er, der Vater, von seinem Sohne zum Erben eingesetzt sei, noch nicht angetreten und überdies einen Substituten habe. Denn aus dem Standpunkte gesehen, auf den man sich für die juristische Beurtheilung hier überall stellen müsse, werde auch in solchem Fall das castrense peculium nicht sowohl jetzt erst erworben, als vielmehr jetzt nicht verloren.[9]

---

9) Dieses ist der einfache und unzweifelhafte Sinn der Worte: „quia non magis nunc quaeritur, quam nunc non alienatur", wie er auch von der deutschen Uebersetzung des Corpus iuris im ganzen richtig wiedergegeben wird. Ueber den gar nicht seltenen Gebrauch von „non magis quam" in der Bedeutung von „nicht sowohl, als vielmehr" s. Klotz, Handwörterb. der latein. Sprache unter Magis II. B. 1. b. Mir scheint daher auch kein Bedürfniss zu bestehen, nach dem Vorschlage von Th. Mommsen in seiner Ausgabe der Digesten hinter „non magis" einzuschieben „non tam". Sehr eigenthümlich ist die Auslegung, welche Fein S. 47 jenen Worten giebt. Er erblickt in ihnen die Entscheidungsgründe für alle Eventualitäten, für den Fall sowohl, dass der Vater antritt, als für den andern, dass er ausschlägt, somit das castrense peculium an den Substituten gelangt. In beiden Fällen müsse der Vater conferieren. Im ersten, weil der Erbschaftserwerb stets auf den Todesmoment des Erblassers zurückdatiert werde, im zweiten, weil die Ausschlagung von Seite des Vaters nach Ulpian's Ansicht eine alienatio enthalte, welche, weil erst nach des Grossvaters Ableben geschehen, von der einmal begründeten Collationspflicht nicht mehr befreien könne. Dieses alles soll nun in jenen Worten: quia non magis rel. gesagt sein, welche demnach von Fein so übersetzt werden: „weil das peculium eben so wenig erst jetzt

Warum setzt aber Ulpian das Dasein eines Substituten voraus? Dass darin, wie Bartolus meint, die Erwähnung eines rein zufälligen und unerheblichen Umstandes zu erblicken, darf gewiss nicht angenommen werden. Ulpian macht vielmehr diese Voraussetzung, um recht unzweideutig an den Tag zu legen, dass

erworben, als nicht veräussert wird", was positiv ausgedrückt so viel heisse als: „weil das peculium entweder als bereits früher erworben, oder als alieniert gilt". Offenbar ist aber dieser positive Ausdruck gar nicht gleichbedeutend mit jenem negativen. Und was die Sache anlangt, so wird schwerlich jemand damit einverstanden sein, dass der Vater das castrense peculium auch für den Fall conferieren müsste, dass er die Erbschaft aus dem Testamente des Sohnes ausschlagen und dass demzufolge das castrense peculium an den Substituten gelangen sollte. Er braucht vielmehr nur zu conferieren in der Aussicht des künftigen Antrittes; denn dem Vater wird überhaupt bloss dann, wenn er irgend einmal das castrense peculium erwirbt, schon nach rückwärts und für die Lebzeit des Sohnes das Eigenthum der castrensischen Sachen zugeschrieben. (Man muss sich hiebei erinnern, dass die ordentliche und regelmässige Form der Collation in einer Cautionsleistung besteht: Fein §. 19 ff.) Der Vater muss also in dem von Ulpian vorausgesetzten Fall das castrense peculium nur in gleicher Weise conferieren, wie eine bedingte Forderung zu conferieren ist. (L. 2 §. 3 D. de coll. 37, 6; Fein S. 50.) Ferner wird auch die Behauptung Fein's (S. 42, 43 fg., 47, 51 ff.) kaum mehr grossen Beifall finden, dass eine dem emancipierten Sohne bei dem Tode seines Vaters deferierte, erst später aber von ihm angetretene Erbschaft eines Dritten zu conferieren wäre, weil der Erbschaftserwerb stets zurückzudatieren auf die Todeszeit des Erblassers. Mit dieser Zurückbeziehung des Erbschaftserwerbes hat es bekanntlich seine eigenthümliche Bewandtniss, und es braucht heute schon keines neuen Nachweises mehr, dass davon höchstens nur in einem sehr beschränkten Sinne die Rede sein könne. Vgl. z. B. Arndts, Pand. §. 521, Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts §. 531 a. E. Was insbesondere die Collation anbetrifft, so will ich bloss darauf hinweisen, dass ein suus eine ihm zur Zeit des Todes seines Gewalthabers bereits deferierte, aber noch nicht auf Geheiss des letztern von ihm angetretene Erbschaft durch den Antritt nach dem Tode des Gewalthabers unzweifelhaft für sich selbst erwirbt und nicht etwa als einen nachträglich zum Vorschein gekommenen Theil des Nachlasses des Gewalthabers mit den übrigen Kindern desselben theilen muss. Vgl. L. 6 §. 4, L. 25 §. 15, L. 62 §. 1, L. 64, 80 §. 2, L. 82 D. de acq. her. 29, 2, §. 1 in fin. I. de hered. inst. 2, 14. Ein emancipatus braucht aber nichts weiter zu conferieren, als was er, gesetzt dass er suus geblieben wäre, nicht für sich, sondern für den Gewalthaber erworben hätte. (Fein S. 33, 49, 61 ff.)

er die Collationspflicht des Vaters auch im Hinblicke auf den Fall anerkenne, dass dieser aus dem Testamente seines Haussohnes antreten sollte. Wäre kein Substitut ernannt, so würde, wenn der Vater die Erbschaft ausschlüge, das castrense peculium ihm dennoch zufallen, und zwar nach Peculienrechte. Man könnte daher meinen, dass ihm die Verbindlichkeit zur Collation gar nicht in der Aussicht auf den Erwerb aus dem Testamente, sondern in der Aussicht auf die mögliche Ausschlagung und den daraus folgenden Anfall nach Peculienrecht auferlegt werde. Um jede solche schiefe Auffassung seiner Meinung abzuschneiden, geht Ulpian von einem Fall aus, in welchem der Vater das castrense peculium überhaupt gar nicht anders, als mittels Antrittes aus dem Testamente des Sohnes, erhalten kann. Denn gesetzt, er schlüge die Erbschaft aus, so würde diese nunmehr an den Substituten kommen.

Unter diesen Umständen liefert aber die L. 1 §. 22 cit. einen ganz eben so schlagenden und unwiderlegbaren Beweis, als die L. 20 D. h. t. 49, 17, dass dem Vater, welcher das castrense peculium als Testamentserbe des Haussohnes erhält, das Eigenthum der castrensischen Sachen in der nämlichen Weise schon nach rückwärts und von Anfang an zugeschrieben wird, wie wenn ihm bei testamentlosem Versterben des Sohnes das castrense peculium nach Peculienrecht angefallen wäre. Eine gewisse Anspielung darauf ist auch noch in der schon früher (S. 248) aus der L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2 hervorgehobenen Bemerkung des Paulus zu finden, und einen fernern Beweis wollen endlich manche der mittelalterlichen Juristen in der L. 44 pr. D. de legat. I. (30) erblicken, weil hier Ulpian (lib. XXII. ad Sabin.) ganz allgemein folgendes erkläre:

> Servum filii sui castrensis peculii legare pater potest, et, si vivo patre mortuus sit filius et *apud patrem peculium remansit*, consistit legatum; *quum enim filius iure suo non utitur*, *retro creditur pater dominium in servo peculiari habuisse.*

In der That ist nicht zu leugnen, dass die hier ausgesprochene Bedingung: „quum filius iure suo non utitur" gar nicht nothwendig überhaupt von der Errichtung eines Testamentes verstanden werden müsse, sondern dass sie sich recht gut auch

auf den Nichtgebrauch des Rechtes deuten lasse, das castrense peculium dem Vater durch letztwillige Verfügung zu entziehen.[10]

Ich hoffe, den zu beweisenden Satz selber jetzt genugsam festgestellt zu haben. Aber, höre ich fragen, auf welche Weise konnten die Römer dazu kommen, auch dem Vater, welcher das castrense peculium aus dem Testamente des Haussohnes als Erbe und nach Erbschaftsrecht erwarb, schon nach rückwärts und bis in die Lebenszeit des Haussohnes zurück das Eigenthum der castrensischen Sachen zuzuschreiben? Damit ist das hauptsächlichste Bedenken angeregt, welches seit dem Mittelalter der Anerkennung jenes Satzes im Wege gestanden. Und freilich, so lange man die geschichtliche Entwickelung des Institutes nicht kannte, musste dieses Bedenken unüberwindlich erscheinen. Beachtet man aber diese Entwickelung, wie sie oben dargelegt worden ist, so ergiebt sich leicht der Schlüssel des Räthsels. Der Gedanke nämlich, von welchem die römischen Juristen bei der Aufstellung des gedachten Satzes geleitet wurden, war durchaus kein anderer als derjenige, welcher sie bewog, bei testamentlosem Versterben des Haussohnes das castrense peculium dem Vater nach Peculienrechte anheimfallen zu lassen und ihn nunmehr so zu behandeln, als ob er von Anfang an der Eigenthümer der castrensischen Sachen gewesen wäre. Nicht minder, als in diesem Falle, sollte auch in dem andern, da der Vater das castrense peculium zufolge testamentarischer Einsetzung von Seite des Haussohnes erhielt, alles nach Maassgabe des frühern, dem Vater im ganzen günstigern Rechtes beurtheilt werden.[11]

---

10) Dieses war nach dem Berichte des Alexander Tartagnus ad L. Servum filii [46 al. 44] pr. D. de legat. I. nr. 2 die Auslegung des Johannes de Imola in L. Cum vir [42] D. de usurp. 41, 3. Ferner ist es diejenige des Jason ad cit. L. Servum filii pr. nr. 10.

11) Vgl. oben §. 20. Will man in der vorhin (S. 278) erwähnten Bemerkung der L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2 die ihr dort zugeschriebene Anspielung erblicken, so wird darin das im Texte behauptete Verhältniss geradezu ausgesprochen. Es heisst dort nämlich ganz allgemein: „quum apud patrem remanet (sc. castrense peculium), *ius pristinum durat* et peculium est". Der letzte Beisatz steht, wie sich sogleich zeigen wird, mit einer solchen Auslegung gar nicht in Widerstreit. S. die folg. Anm.



Vergegenwärtigen wir uns die Gestaltung des Verhältnisses in diesem ältern Rechtszustande! Das castrense peculium wurde auch schon bei Lebzeiten des Haussohnes als ein wirkliches Peculium, das heisst als Vermögen des Vaters, die einzelnen dazu gehörigen Sachen als Eigenthum des Vaters betrachtet. Nur hatte der Sohn in Ansehung dieses Peculiums eine selbständige und von dem Vater unabhängige Verwaltungsbefugniss, und ferner hatte er kraft kaiserlicher Verwilligung das besondere Recht, darüber zu testieren und folglich, es jemandem als Erbschaft zuzuwenden. (§. 15 ff.) War ein anderer als der Vater von dem Sohne zum Erben ernannt, so hörte in Folge seines Erbschaftsantrittes das bisherige Eigenthum des Vaters auf; das castrense peculium wurde für die juristische Betrachtung dem Vater jetzt erst entzogen und entfremdet. Wie aber, wenn der Sohn seinen Vater und Gewalthaber selbst zum Erben eingesetzt und letzterer die Erbschaft angetreten? Auch hier musste man anerkennen, dass dem Vater das castrense peculium nunmehr als hereditas und nach Erbschaftsrechte zustehe. Denn da die Kaiser dem Haussohn das Recht gegeben, über sein castrense peculium ein Testament zu errichten, das heisst einen oder mehrere Erben zu ernennen, so war es eine nothwendige Consequenz, dass der von ihm eingesetzte, falls er antrat, auch Erbe werden und als ein solcher behandelt werden müsse. Für den Fall aber, dass der Haussohn gerade seinen Vater zum Erben ernennen sollte, hatten die Kaiser keine Ausnahme gemacht. Und sie liess sich auch schon aus praktischen Rücksichten nicht machen; denn in welche Schwierigkeiten hätte man sonst gerathen müssen, wenn etwa der Vater und ein Dritter neben einander eingesetzt waren! Auch den Vater selbst also, der aus dem Testamente des Sohnes angetreten, konnte man nicht anders, denn als einen Erben des Sohnes, behandeln, und dem entsprechend mussten alle Verhältnisse, zu den Miterben, Gläubigern, Legataren u. dgl., beurtheilt und geregelt werden.

Allein für den Vater begründete der Antritt aus dem Testamente des Sohnes keineswegs einen neuen Erwerb des castrense peculium und der castrensischen Sachen. Denn vom juristischen Standpunkte hatte ihm ja beides schon bisher und schon während

des Lebens des Sohnes gehört. Man konnte daher hier so wenig, als bei testamentlosem Versterben des Haussohnes, sagen: „nunc acquiritur“, sondern hier, wie dort, war vielmehr der einzig zutreffende Ausdruck: „nunc non adimitur“, oder: „nunc non alienatur“. Namentlich setzte der Vater das Eigenthum der castrensischen Sachen einfach fort. Nur trat zu dem Titel, aus welchem ihm diese Sachen bisher gehört hatten, das heisst aus welchem sie der Haussohn erworben (pro donato, pro emtore u. s. w.), jetzt noch der Titel pro herede hinzu. Und darin lag nicht einmal viel besonderes; besitzt doch laut der L. 3 §. 4 D. de acq. poss. 41, 2 ein jeder Erbe die erbschaftlichen Sachen nicht allein aus dem Titel, aus welchem sie der Erblasser besessen, sondern auch ausserdem noch pro herede. Der Unterschied war bloss der, dass der aus dem Testamente seines Haussohnes antretende Vater diesen neuen Titel pro herede nicht zu demjenigen fügte, aus welchem seither einem andern, sondern zu demjenigen, aus welchem ihm selbst die erbschaftlichen Sachen schon zugehört hatten. Dieses war aber eine einfache und nothwendige Folge davon, dass er als Erbschaft nicht, wie gewöhnlich, ein fremdes, sondern ein eigenes Vermögen erhalten. Freilich ein sehr anomales Verhältniss. Allein es war vor allen Dingen anomal, dass die Kaiser einem Haussohn erlaubt hatten, über ein Peculium zu testieren. Diese Anomalie musste unvermeidlich noch manche andere Anomalien in ihrem Gefolge haben.

Mit dieser Gestaltung des Verhältnisses hiengen aber unter andern folgende Consequenzen zusammen. Gesetzt, der Vater hatte bei Lebzeiten des Sohnes castrensische Sklaven in seinem Testamente für frei erklärt, oder castrensische Sachen per vindicationem legiert, oder solche Sachen mittels Rechtsgeschäftes unter Lebenden unter einer Bedingung veräussert, die erst nach dem Tode des Haussohnes eintrat: so mussten alle diese Verfügungen, weil ihre Wirksamkeit den Rechten des Sohnes oder daraus fliessenden Rechten Dritter keinen Eintrag that, im übrigen aber sämmtliche Voraussetzungen ihrer Gültigkeit vorhanden waren, nunmehr für gültig und wirksam erachtet werden, nicht minder, wie wenn das castrense peculium dem Vater bei testa-

mentlosem Versterben des Haussohns als Peculium und nach dem gewöhnlichen Peculienrechte verblieben wäre. (S. 108.) Diesen Vortheilen stand freilich unter Umständen auch einmal ein Nachtheil gegenüber. Nehmen wir an, dass der Vater ein Emancipierter war, so musste er seinen in der Gewalt zurückgebliebenen Geschwistern das castrense peculium seines Haussohnes auch dann conferieren, wenn er erst nach dem Tode des Grossvaters aus dem Testamente seines Sohnes antrat. Denn darin lag ja, wie gesagt, kein neuer Erwerb, sondern höchstens (gesetzt nämlich, dass ein Substitut vorhanden war) nur ein blosser Nichtverlust.

Im ganzen war aber doch das Verhältniss in seinen Consequenzen günstiger für den Vater, als wenn er Testamentserbe eines Fremden geworden wäre. Und deswegen wollten eben die spätern klassischen Juristen auch für den Fall, dass der Vater das castrense peculium als testamentarisch eingesetzter Erbe des Haussohnes bekam, zu seinen Gunsten jenes frühere Recht festhalten. Ganz ebenso, wie wenn der Haussohn testamentlos verstorben war, sollte also alles, was erst in die Zeit nach seinem Tode fiel, fortwährend nach diesem frühern Rechte bemessen werden. Namentlich sollten die von dem Vater schon bei Lebzeiten des Sohnes über castrensische Sachen getroffenen Verfügungen gelten, falls sie unter der gleichen Voraussetzung, dass der Vater der Testamentserbe des Sohnes geworden, auch nach dem frühern Rechte gegolten haben würden, wie z. B. die oben genannten: directe testamentarische Freilassungen castrensischer Sklaven, Vindicationslegate castrensischer Sachen u. dgl. Um dieses mit der Theorie zu versöhnen, blieb denn aber freilich nichts übrig, als auch hier ein Schwebeverhältniss anzunehmen und dem Vater, wenn er das castrense peculium aus dem Testamente des Haussohnes erwarb, nicht minder, als wenn es ihm bei testamentlosem Tode desselben nach Peculienrecht anfiel, schon nach rückwärts und von Anfang an das Eigenthum der castrensischen Sachen zuzuschreiben. Und dass man wirklich so verfuhr, beweist die L. 20 D. h. t. 49, 17 (S. 140); ferner die L. 44 pr. D. de legat. I. (S. 278), falls man auch sie hierherziehen will.

Aber allerdings, wenn man einmal das frühere Recht anwandte, so konnte man es nicht einseitig gerade bloss in so weit anwenden, als es dem Vater zum Vortheil gereichte. Dieses gieng schon um deswillen nicht an, weil man sonst allen und jeden festen Boden hätte verlieren müssen. Der Vater, dem die überwiegend günstigere Seite des frühern Rechtszustandes zu statten kam, musste in den wenigen Fällen, in welchen dieser Rechtszustand einmal ausnahmsweise ungünstiger war, als der neuere, auch diese ungünstigere Seite in den Kauf nehmen. Daraus erklärt sich die Entscheidung in der L. 1 §. 22 D. de collat. 37, 6.[12]

Es bleibt mir noch übrig, das Verhalten der Schriftsteller zu der in diesem Paragraphen erörterten Frage anzugeben. Die neuern sind einstimmig und nehmen es für etwas ganz festes und sicheres hin, dass der Vater bloss dann nach rückwärts als Eigenthümer der castrensischen Sachen betrachtet werde, wenn ihm das castrense peculium bei testamentlosem Tode des Haussohnes nach Peculienrecht anfalle. Von einem möglichen Zweifel, ob nicht die nämliche Rückbeziehung des Eigenthums auch in dem Fall stattfinde, wenn der Vater Testamentserbe des Haussohnes geworden, scheinen sie gar nicht einmal eine Ahnung zu haben.[13]

12) Man kann dieses alles so ausdrücken: Falls der Vater nach dem Tode des Haussohnes, sei es aus dem Testamente desselben, sei es wegen Mangels eines solchen, das castrense peculium erhält, so wird nunmehr wieder das ältere Recht (ius pristinum) angewendet, und folglich wird das castrense peculium so angesehen, als ob es bei Lebzeiten des Haussohnes nicht gemäss dem neuern Rechte ein juristisch eigenes Vermögen desselben, sondern in Gemässheit jenes ältern Rechtes ein wirkliches peculium gewesen wäre. Demnach ist die in der vorigen Anmerkung erwähnte Aeusserung des Paulus in der L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2 wörtlich richtig, auch wenn man ihr die dort als möglich hingestellte umfassendere Beziehung giebt. Ich bin übrigens weit entfernt, auf diese nicht unzweideutige Stelle irgend ein sonderliches Gewicht zu legen. Zum Beweise der aufgestellten Sätze genügen vollkommen die L. 20 D. h. t. 49, 17 und die L. 1 §. 22 D. de collat. 37, 6.

13) Eine sehr anerkennenswerthe Ausnahme macht einzig Hänsel in seinen Bemerkungen und Excursen zu dem königl. sächsischen Civilrecht I. (1828) S. 385.



Und doch wird darüber noch in der Mitte des 17. Jahrhunderts ausführlich verhandelt von Retes (cap. VIII. pag. 265 sqq.), der sich übrigens zu der nämlichen Meinung bekennt. Auch schon die Glosse hatte diese Meinung aufgenommen. Nachher vertrat sie Bartolus, und in seinen Fussstapfen giengen dann wieder die meisten der spätern mittelalterlichen Juristen.[14]

Demungeachtet war das richtige nicht gänzlich und von allen misskannt worden. Schon Azo spricht in seiner Summa Codicis VI, 20 de collat. nr. 9 mit Berufung auf die L. 1 §. 22 D. eod. den Satz aus, dass der Vater nach rückwärts als der Eigenthümer des castrense peculium zu betrachten sei, gleichviel, ob ihn der Sohn zum Erben eingesetzt, oder ob letzterer

14) S. glo. Adierit ad L. 1 §. 22 D. de collat. 37, 6; Bartolus ad L. Servum filii [46 al. 44] pr. D. de legat. I. (30) nr. 1; Baldus ibid. nr. 1, Paulus de Castro ibid. nr. 1; Alexander Tartagnus ibid. nr. 2. Dass es die communis opinio war, lehrt auch der Bericht der Gegner, wie z. B. Raphaël Cumanus ibid. nr. 3, Iason ibid. nr. 8, 10. Vgl. auch Bened. Pinellus, Variae resolut. lib. I. cap. V. nr. 69, 70, Ant. Pichard in §. Non solum [5 al. 4] I. de legat. 2, 20 nr. 24, 25. Es ist interessant zu beobachten, wie sich die Anhänger dieser Ansicht mit der L. 20 D. h. t. 49, 17 und mit der L. 1 §. 22 D. de collat. 37, 6 aus einander setzten, worüber die vollständigste Auskunft Alexander Tartagnus a. a. O. giebt. Die L. 20 cit. wurde nämlich aus einem besondern favor libertatis erklärt. (Vgl. darüber auch Pinellus l. c.; Pichard l. c.; Ant. Faber, Iurispr. Papin. tit. XI. pr. VI. ill. 12 med., welcher den Schlusssatz der Stelle: „Sed favorabile" rel. dem Tribonian zuschreiben will; Retes cap. VIII. §. 3 [p. 266]; Iust. Meier, Colleg. Argent. XLIX, 17 nr. 10 V. 1.) Die L. 1 §. 22 cit. dagegen legte sich Bartolus, nach dem Berichte des Tartagnus, in folgender willkürlicher Weise zurecht. Am Ende dieser Stelle werde nicht vorausgesetzt, dass der Vater aus dem Testamente des Haussohnes antrete, sondern vielmehr, dass er sowohl, als der Substitut ausschlügen, und dass daher der Vater das castrense peculium ab intestato erhalte. „Hoc modo apparet", fügt Tartagnus ganz unbefangen hinzu, „quod ille textus potius facit pro opinione Bartoli, quam contra". Die meisten, wie z. B. auch Retes, ziehen es einer solchen Erklärung mit Recht vor, der L. 1 §. 22 cit. bei Gelegenheit dieser Frage lieber gar nicht zu gedenken. Wie Fein, welcher laut seiner ausdrücklichen Erklärung auf S. 41, bes. Anm. 66, gleichfalls ein Anhänger der herrschenden Ansicht ist, den Schlusssatz der Stelle erklärt, ist schon in der Anm. 9 angegeben worden.

ohne Testament verstorben. Nur darin geht er zu weit, dass er meint, der Vater könne sogar in beiden Fällen das castrense peculium nach Peculienrecht an sich nehmen. (S. 247 fg.) Ein weiterer entschiedener Verfechter der richtigen Ansicht ist Raphael Cumanus ad L. Servum filii [46 al. 44] pr. D. de legat. I. (30) nr. 3. Er bemerkt ausdrücklich, dass die herrschende Meinung des Bartolus und der andern mit der L. 20 D. h. t. 49, 17 und der L. 1 §. 22 D. de collat. 37, 6 nicht vereinbar sei. Das gleiche Lob einer für die damalige Zeit höchst achtungswerthen Selbständigkeit gegenüber der herrschenden Lehre hat Jason ibid. nr. 8, 10 verdient. Ferner gehören in diese Reihe, falls wir der Angabe des Alexander Tartagnus ibid. nr. 2 trauen dürfen, Paulus de Castro, wenigstens in der lectura Bononiensis (wenn er auch in der lectura Patavina mit Bartolus übereinstimme), sodann Johannes de Neapoli (über welchen ich bei Savigny nichts habe finden können), endlich Johannes de Imola in L. Cum vir [42] D. de usuc. 41, 3. Ich selbst habe freilich bei dem letzten an der angeführten Stelle nur die ganz unbestimmte Aeusserung angetroffen, der Widerstreit zwischen der L. Servum filii [46 al. 44] pr. D. de legat. I. (30) und der L. ult. [20] D. h. t. 49, 17 lasse sich aufheben entweder durch die Annahme, dass auch dann die Rückbeziehung eintrete, wenn der Vater der Testamentserbe des Sohnes geworden, oder durch eine Erklärung der L. ult. cit. aus dem favor libertatis. Endlich findet sich die richtige Ansicht bei Emanuel a Costa[15]. Ihm ist aus der Zahl sämmtlicher späterer Schriftsteller nur noch Hänsel anzureihen (s. Anm. 13); man müsste denn etwa auch den Anton Faber mit hierher rechnen

15) Comm. in L. Qui duos [9] §. Cum in bello D. de rebus dubiis Schol. II. (in verb. Pater) nr. 3. (Emanuelis Costae I. C. Lusitani omnia quae quidem exstant in ius canonicum et civile opera. Lugd. 1584 in fol. Pag. 596.) Die an der Spitze dieser Ausgabe stehende an Philipp II. gerichtete Zueignung ist aus Salamanca und vom Jahr 1562 datiert. Es ergiebt sich daraus, dass der Verfasser damals Professor des Civilrechtes in Salamanca war. Bei Hugo, Gesch. des röm. Rechtes seit Justinian ist dieser Jurist nicht genannt. Von Pinellus und Retes wird er vielfach citiert und von dem letztern in cap. VIII. §. 7 in f. (p. 267) ausserordentlich gerühmt.

wollen, bei dem man aber freilich hier, wie öfter, einer starken Wankelmüthigkeit begegnet. In der Iurisprudentia Papinianea tit. XI. princ. VI. ill. 12 und 22 erklärt er sich nämlich mit grosser Bestimmtheit für die herrschende, die Rückbeziehung verneinende Lehre. Das hindert ihn aber nicht im geringsten, in demselben Titel princ. IX. ill. 5 und in den Errores pragmaticorum dec. XLIII. err. 5 nr. 10 sich mit der gleichen Entschiedenheit auf die andere Seite zu stellen und bis zu der falschen Behauptung zu gehen, dass der Vater auch aus dem Testamente des Haussohnes das castrense peculium nicht nach Erbschaftsrechte, sondern, gleichwie bei testamentlosem Versterben des Haussohnes, nach Peculienrecht erhalte.

§. 39.

Als das Ergebniss der Erörterungen in den beiden vorigen Paragraphen lässt sich folgende Regel hinstellen:

So oft bei dem Tode des Sohnes das castrense peculium an seinen Gewalthaber kommt, sei es in Ermangelung eines gültigen Testamentes nach Peculienrechte, sei es aus dem Testamente des Sohnes nach Erbschaftsrechte, so wird jeder juristische Effect, welcher erst der Zeit nach dem Tode des Haussohnes angehört, nach Maassgabe des frühern, dem Gewalthaber im ganzen günstigern Rechtes beurtheilt.

Auf jeden Effect also, der schon in der Zeit vor dem Tode des Haussohnes eingetreten ist, oder der doch, seinen Eintritt angenommen, in diese Zeit gesetzt und zurückdatiert werden müsste, erstreckt sich die Anwendung des frühern Rechtes nicht.

Daneben ist aber noch eine selbstverständliche Beschränkung zu bemerken, welche sich in der Fassung der Regel, ohne sie zu einer ungemein schleppenden zu machen, nicht füglich ausdrücken lässt. Durch jene Anwendung des frühern Rechtes können nämlich die Wirkungen von Verfügungen, welche der Haussohn selbst über castrensische Sachen getroffen, nicht beeinträchtigt werden; auch dann nicht, wenn sie sich erst nach seinem Tode ereignen sollten.

In Ansehung solcher Handlungen, welche unter den Begriff der Verwaltungshandlungen fallen, konnte dieses von keinem

römischen Juristen bezweifelt werden, selbst von den Anhängern der conservativern Auffassung nicht, gesetzt dass es deren zur Zeit Alexander's überhaupt noch gab. Denn seit der Haussohn durch kaiserliche Verwilligung die Testierbefugniss über sein castrense peculium erhalten, hatte man ihm auf Grund der kaiserlichen Auctorität auch das selbständige und von dem Gewalthaber unabhängige Recht der Verwaltung dieser Vermögensmasse zugeschrieben. (§. 15.) Alle Verwaltungshandlungen des Sohnes und ihre Wirkungen musste daher der Gewalthaber unbedingt und unter allen Umständen anerkennen, gleichviel zu welcher Zeit diese Wirkungen eintraten, und einerlei, ob zu dieser Zeit das castrense peculium bereits an den Gewalthaber gekommen war, oder nicht.

Aber auch die unbedingte Gültigkeit von Schenkungen, welche der Haussohn aus dem castrense peculium vorgenommen, liess sich von keiner Seite bezweifeln, selbst dann nicht, wenn die Schenkung unter einer Bedingung geschehen war, die sich erst erfüllte, nachdem das castrense peculium bereits an den Gewalthaber gelangt war. Denn der Haussohn hätte ihm ja das castrense peculium ganz und gar entziehen können. Und wenn er ihn aus diesem Grunde nicht allein in seinem Testamente mit Legaten belasten, sondern sogar durch Intestatcodicille mit Singular- und Universalfideicommissen beschweren konnte, so war es nur consequent, dass unbedingt auch die Schenkungen gelten mussten. (S. 97.) Dazu kommt noch, dass ein Hauskind, wenn ihm sein Gewalthaber dazu die Erlaubniss gab, selbst aus einem gewöhnlichen Peculium gültig schenken konnte. So viele Befugnisse aber, als er durch den Willen seines Gewalthabers hätte erhalten können, mussten vermöge des vermuthbaren kaiserlichen Willens dem Haussohn über sein castrense peculium doch allermindestens zugestanden werden. Endlich war, wie wir von Paulus in der L. 15 D. de mort. c. donat. 39, 6 erfahren, die Befugniss des Haussohnes zu Schenkungen Todes halber und somit zu Schenkungen überhaupt durch kaiserliche Verordnung ausdrücklich festgestellt worden. (§. 23 Anm. 2.)

Wie war es aber mit solchen Verfügungen des Haussohnes zu halten, welche nothwendig Eigenthum zu der Zeit, da sie

gemacht werden, und auch wieder zu der Zeit des Todes erfordern? also namentlich mit directen testamentarischen Freilassungen castrensischer Sklaven und mit Vindicationslegaten castrensischer Sachen? Die Frage konnte sich natürlich nur erheben, wenn der Sohn mit einem Testamente gestorben war, worin er seinen Gewalthaber zum Erben eingesetzt hatte; und das Bedenken lag darin, dass nunmehr der Gewalthaber nach rückwärts als der Eigenthümer der castrensischen Sachen betrachtet wurde. War es daraus nicht eine nothwendige Folge, dass der Sohn nicht mehr als Eigenthümer betrachtet werden könne, und dass also dergleichen Verfügungen für ungültig erachtet werden müssten?

Die Quellen geben über die Art und Weise der Beantwortung dieser interessanten Frage keinen unmittelbaren Aufschluss. Wir sehen uns daher lediglich auf mittelbare Rückschlüsse und Vermuthungen angewiesen. Ich zweifle aber keinen Augenblick, dass die testamentarische Freilassung castrensischer Sklaven auch unter den gemachten Voraussetzungen völlig allgemein für gültig anerkannt wurde. Denn Hadrian hatte ausdrücklich verordnet, dass der Haussohn castrensische Sklaven freilassen könne, und, ohne jede Einschränkung gegeben, musste diese Verordnung auch auf die testamentarische Freilassung bezogen werden. Dem kaiserlichen Willen aber musste jede theoretische Rücksicht weichen.[1] In Ansehung des Vindicationslegates war, soviel wir sehen können, ein solcher ausdrücklicher kaiserlicher Ausspruch nicht vorhanden. Ich will es deswegen dahingestellt sein lassen, ob man ihm nicht unter jenen Voraussetzungen die Gültigkeit absprach. Das hatte dann aber fast nur eine theoretische Bedeutung, weil das Legat jedenfalls als Damnationslegat durch das SC. Neronianum aufrecht erhalten wurde.

Endlich darf aus der obigen Fassung der Regel auch nicht die Folge gezogen werden, dass der Gewalthaber, falls ihm nach dem Tode des Sohnes das castrense peculium auf die eine oder die andere Weise zukam, wegen der Rückbeziehung seines Eigen-

1) Man vergleiche die Erklärung Tryphonin's in der L. 19 §. 3 D. h. t. 49, 17. S. oben S. 131 fg.

thums an den castrensischen Sachen nunmehr auch als der Patron der von dem Sohn unter Lebenden oder mittels directer testamentarischer Freierklärung freigelassenen castrensischen Sklaven hätte anerkannt werden müssen, gleichwie und weil dieses nach dem frühern Rechte der Fall gewesen. Denn einer solchen Annahme stand wiederum eine bestimmte kaiserliche Verordnung im Wege, dass einzig der Sohn und nicht der Vater der Patron der gedachten Freigelassenen werden solle. (S. 128 fg.)

Hält man diese genauern Bestimmungen und selbstverständlichen Einschränkungen fest, so wird man, wie ich glaube, mit der gegebenen Fassung der Regel zu keiner einzigen falschen, das heisst den Quellen widerstreitenden Consequenz gelangen. Zugleich aber wird der Angriff entwaffnet, den neuerdings Mühlberg in seiner Diss. de peculio castrensi non retrotrahendo (1866) gegen den ganzen Satz gerichtet hat: dass, falls das castrense peculium nach dem Tode des Haussohnes an den Gewalthaber komme, und wäre es sogar als peculium nach Peculienrechte, die römischen Juristen überhaupt irgend eine Rückbeziehung seines Eigenthums an den castrensischen Sachen angenommen hätten. So weit dieser Angriff nur der nicht seltenen Uebertreibung dieser Rückbeziehung gilt, hat er eine gute und unanfechtbare Berechtigung. Aber auch nicht weiter. Wenn Mühlberg die Anerkennung einer jeden Rückbeziehung verwirft, so geht er nach der andern Seite über die richtige Mitte hinaus und setzt sich mit klaren Aussprüchen der Quellen in einen offenen, auch durch das grösste Aufgebot von Scharfsinn und Gewandtheit nicht zu hebenden Widerstreit.

§. 40.

Zu vollständiger Erschöpfung aller auf das Rechtsverhältniss bei dem castrense peculium bezüglicher Fragen bleibt mir nur noch die Erörterung der einen Frage übrig, wie es zu halten, wenn der Haussohn einen andern, als seinen Gewalthaber, zu seinem Erben eingesetzt hat, bevor aber der eingesetzte über die Annahme oder Ablehnung der Erbschaft eine Erklärung abgegeben, irgend eine Erwerbung, z. B. durch castrensische Sklaven, stattfindet. Aus welchem Gesichtspunkte sollen dergleichen Erwerbungen

beurtheilt werden? Unter den römischen Juristen bestand gerade hierüber viel Streit und Meinungsverschiedenheit. Daneben gehören mehrere der Stellen, welche sich mit dieser Frage beschäftigen, zu den schwierigsten von allen in das Gebiet unseres Institutes einschlagenden. Aus diesem doppelten Grunde scheint es gerechtfertigt und geboten, zuvörderst einmal ganz selbständig nach einer sachgemässen Entscheidung zu suchen und dann erst zu der Betrachtung jener Stellen überzugehen.[1]

Schlägt der eingesetzte Erbe aus und wird dadurch das Testament des Haussohnes destituiert, so fällt das castrense peculium nach Peculienrechte an den Vater, muss also von dem Tode des Sohnes an als ein eigenes Vermögen des Vaters angesehen werden. Tritt jener dagegen an, so erwirbt er das castrense peculium als Erbschaft, und davon ist eine nothwendige Folge, dass für diesen Fall das castrense peculium schon von dem Tode des Haussohnes an als Erbschaft betrachtet werden muss; denn sonst könnte es ja unmöglich als Erbschaft erworben werden.[2]

---

1) Weitläufig handeln von dieser Frage Ant. Faber, Iurispr. Papin. tit. XI. pr. VI. ill. 12 und 17; Retes cap. VII. (p. 262 sqq.); Majansius §. 35—45 (p. 284 sqq.); Glück, Commentar XXXIV. S. 107 bis 117.

2) Vgl. besonders L. 14 §. 1 D. h. t. 49, 17 (Papin.) verb.: ut enim *hereditarius fuisse credatur*, post aditam fit hereditatem. Weitere Belege gewähren die alsbald mitzutheilenden Stellen. — Retes cap. VII., besonders §. 7—9 (p. 263), dem sich Glück S. 107 ff. anschliesst, will die im Texte gezogene Schlussfolge nicht gelten lassen. Selbst wenn der vom Haussohn ernannte Erbe später antrete, erweise sich das castrense peculium dennoch nicht nach rückwärts als eine hereditas iacens; vielmehr sei in der Zwischenzeit von dem Tode des Haussohnes bis zu der Erklärung des eingesetzten Erben stets ein eigenthümliches Mittelding zwischen hereditas iacens und „peculium iacens“ vorhanden, dem Retes nach einer zufällig in der L. 19 §. 5 D. h. t. 49, 17 gebrauchten Wendung („imaginem successioni praestiterit“) den technischen Namen: „imago hereditatis iacentis“ giebt. Allein im Grunde ist dieses nichts anderes, als ein ziemlich unbehülflicher Ausdruck dafür, dass während jener Zwischenzeit noch Unentschiedenheit über die dermalige wahre juristische Natur des bisherigen castrense peculium besteht. Retes selbst betont wiederholt, dass, wenn die eingesetzten Erben anträten, ein praktischer Unterschied zwischen seiner imago hereditatis iacentis und einer wirklichen hereditas iacens über-

Unter diesen Umständen scheint man denn aber, so lange es noch ungewiss ist, ob der eingesetzte Erbe antreten oder ausschlagen werde, nicht anders sagen zu können, als dass es gleicher Weise noch ungewiss sei, ob wir in dem bisherigen castrense peculium juristisch eine ruhende Erbschaft, oder einen Bestandtheil des väterlichen Vermögens vor uns haben. Erst durch die spätere Erklärung des Erben und die Art, wie sie ausfällt, wird dieser Schwebezustand beseitigt und die wahre juristische Natur des Verhältnisses nach rückwärts aufgewiesen.

Hienach müssen sich nun auch alle einzelnen Consequenzen richten. Insbesondere ergiebt sich in Ansehung der Erwerbungen, welche von castrensischen Sklaven in jener Zeit der Schwebe gemacht werden, folgende Regel. Sie sind gleich Erwerbungen von Erbschaftssklaven zu beurtheilen, falls später die Erbschaft aus dem Testamente des Haussohnes angetreten wird, während sie in dem umgekehrten Fall als Erwerbungen eigener Sklaven des Vaters sich darstellen und behandelt werden müssen. Besonders einflussreich wird diese Regel bei Legaten, und zwar hauptsächlich in zweierlei Fällen:

1) Wenn in der gedachten Zwischenzeit jemand stirbt, der einem castrensischen Sklaven einen Niessbrauch legiert hat. Ist nämlich einem Erbschaftssklaven ein Niessbrauch legiert, so wird als dies cedens dieses Legates erst angenommen der Augenblick des Antrittes der Erbschaft, wozu der Sklave selbst gehört, während sonst bei dem Legate eines Niessbrauches der dies cediert, sobald die Erbschaft aus dem Testamente angetreten wird, in welchem das Legat ausgesetzt ist.[3] Demgemäss werden wir entscheiden müssen, dass sich je nach der annehmenden oder ablehnenden Erklärung des von dem Haussohn eingesetzten Erben bestimme,

---

all nicht vorhanden sei. Richtiger ist die Darstellung von Anton Faber, Iurispr. tit. XI. pr. VI. ill. 17, und von Majansius §. 42 (p. 291 sq.).

3) Vgl. über diese Regel: L. 1 §. 2—4 D. quando dies ususfr. 7, 3, L. 2, 3, 5 §. 1 D. quando dies leg. 36, 2; s. auch L. 16 §. 1 D. eod. Ueber jene Ausnahme: L. 1 §. 2 D. quando dies ususfr. 7, 3, L. 18 D. qu. mod. ususfr. 7, 4, L. 16 §. 1, 2 D. quando dies leg. 36, 2, L. 61 §. 1 D. de A. R. D. 41, 1, L. 26 D. de stip. serv. 45, 3 (• fr. Vat. §. 55). S. auch Savigny, System II. S. 371 Note r.

ob der dies des Legates jetzt erst bei dem Antritte der Erbschaft des Haussohnes cediere, mithin der Niessbrauch dem Erben erworben werde, oder ob der dies bereits früher zur Zeit des Antrittes der Erbschaft des Vermächtnissgebers cediert habe, folglich der Niessbrauch dem Vater zugekommen sei. (Ususfructus modo patri videtur delatus, modo heredi; nec a persona in personam creditur transiisse.)

2) Gesetzt, vor der Erklärung des von dem Haussohn ernannten Erben cediert der dies eines anderweiten einem castrensischen Sklaven zugewandten Legates, für welches dem Vater die Capacität abgeht. Schlägt jener nachher aus, so erweist sich das Legat nach rückwärts und von Anfang an als caduc. Tritt er dagegen an, so erscheint es wiederum nach rückwärts und von Anfang an als der Erbschaft erworben, und der Erbe erhält es in ihr, sofern er nur in Rücksicht auf sie die nöthige Capacität besitzt, ohne dass es weiter darauf ankommt, ob er solche auch in Ansehung des Legates, dieses an und für sich betrachtet, besitzen würde oder nicht.[4]

---

4) Dieses folgt aus dem Grundsatze, welchen Gaius in der L. 55 §. 1 D. de legat. II. (31) ausspricht und als einen erst nach vielen Schwankungen festgestellten bezeichnet. Ich will die interessante und für die nachfolgenden Erörterungen wichtige Stelle vollständig hierhersetzen. Sie lautet so:

> Si eo herede instituto, qui vel nihil vel non totum capere potest, servo hereditario legatum fuerit, tractantibus nobis de capacitate videndum est, utrum heredis, an defuncti persona, an neutrius spectari debeat; et *post multas varietates* placet, ut, quia nullus est dominus, in cuius persona de capacitate quaeri possit, *sine ullo impedimento acquiratur legatum hereditati*, atque ob id *omnimodo ad eum pertineat, quicunque postea heres extiterit*, secundum quod accipere potest, reliqua autem pars ad eos, qui iure vocantur, venit.

Das will also sagen: Das Legat wird jedenfalls, und ohne dass hiefür irgend eine Capacitätsfrage in Betracht käme, der Erbschaft erworben. Als Bestandtheil der Erbschaft geht es dann an den zukünftigen Erben über, aber natürlich bloss, wenn und soweit dieser Capacität in Betreff der Erbschaft hat. Besitzt er sie bloss für einen Theil, so kommt der Rest der Erbschaft und damit folglich auch der entsprechende Bruchtheil des Legates an die dem Rechte nach berufenen Personen. Vgl. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Comment. XXXIX. S. 225 Anm. 25,

Aber nicht allein in Rücksicht auf Erwerbungen castrensischer Sklaven äussert der Schwebezustand einen wichtigen Einfluss, sondern noch in manchen andern Stücken. Nehmen wir z. B. an, dass vor der Erklärung des eingesetzten Erben eine castrensische Sache entwendet worden sei, so wird die Art und Weise seiner Erklärung auch darüber entscheiden, ob diese Entwendung als ein furtum zu betrachten und ob also die actio furti und die condictio furtiva statthaft, oder nicht. Denn an Erbschaftssachen kann ein furtum nicht verübt werden.[5]

Dieses alles scheint sich mit Nothwendigkeit zu ergeben aus der eigenen doppelschneidigen Natur des in Frage stehenden Verhältnisses selbst. Wurde es aber auch von den römischen Juristen anerkannt? In Ansehung einiger kann ich ohne weiteres eine bejahende Antwort geben, aber keinesweges in Ansehung aller.

Einer ganz und gar gleichen Art der Behandlung begegnen wir nämlich bei Marcellus, Scävola und Ulpian. Zum Beweise dienen die beiden nachfolgenden Stellen:

L. 33 pr., §. 1 D. de A. R. D. 41, 1 (Ulpianus lib. IV. Disputat.): In eo, quod servo castrensi ante aditam hereditatem filiifamilias militis legatur, vel eo, quod stipulatur servus,

---

der sich jedoch nicht bestimmt genug ausdrückt. Nicht ganz genau ist auch die Darstellung bei Adolph Schmidt, Die Persönlichkeit des Sklaven nach röm. R. Abth. I. (Freiburg 1868) S. 47 Anm. 106 a. E. — Von den Schriftstellern, welche den im Texte gesetzten Fall behandeln, wird er meist anders entschieden. Nämlich dahin, dass, wenn der ernannte Testamentserbe ausschlage, auch dem Vater trotz seiner Incapacität das Legat unbedingt zukommen müsse; denn zur Zeit des dies cedens sei er ja noch nicht der Eigenthümer des Sklaven gewesen, folglich habe seine Incapacität nichts schaden können. So z. B. Cujacius lib. XXXVII. Quaest. Papin. ad L. 18 pr. D. de stip. serv. 45, 3; Retes cap. VII. §. 18 (p. 265); Pothier, Pand. Iust. XLIX, 17 nr. 13 not. 6, 7, 9, 10; Glück, Comment. XXXIV. S. 115 Anm. 53. Richtiger ist die Entscheidung von Ant. Faber, Iurispr. Papin. tit. XI. pr. VI. ill. 12 und von Majansius §. 35 in fine (p. 286).

5) Vgl. L. 68—71, 83 D. de furt. 47, 2, L. 40 D. de noxal. act. 9, 4, Gai. III, 201, Paul. II, 31 §. 11, tit. D. expilatae heredit. 47, 19. Arndts, Pand. §. 323 Anm. 4.

tractatur apud Marcellum lib. XX., ex cuius persona vel stipulatio vires habeat, vel legatum. Et puto verius, quod et Scaevolae videtur et ipse Marcellus tractat: si quidem adeatur hereditas, *omnia ut in hereditario servo*, si adita non sit, *ut in proprio patris* esse spectanda; et si *ususfructus* fuerit huic servo relictus, modo patri videri delatum, modo heredi; nec a persona in personam creditur transiisse. (§. 1) Eadem distinctione quis utetur etiam, *si res fuerit subtracta;* aut cessare, aut non, furti actionem dicet, si ex testamento adierit, quoniam hereditati furtum non fit; aut, si non adierit, patri dabitur furti actio; nam et condictio.[6]

L. 9 D. h. t. 49, 17 (Ulpianus eod. libro) verb.: dicebam, quum heres non adiit hereditatem, *retro peculium patris bonis accessisse.*

---

6) Der Sinn auch des letzten Satzes: „Eadem distinctione" rel. ist klar und bereits oben (S. 293) angegeben worden. Aber ohne Zweifel ist der Text nicht ganz unverderbt auf uns gekommen. Entweder muss man nach dem Vorschlage von Ant. Faber, Iurispr. Papin. tit. XI. pr. VI. ill. 17 und Th. Mommsen in seiner Ausgabe der Digesten Note 4 zu der Stelle die Worte „aut non" nach „cessare" streichen, oder man muss dieses letztgenannte Wort nach „dicet" wiederholen. Mir dünkt der zweite Ausweg vorzüglicher; denn es lässt sich eher annehmen, dass im Laufe der Zeit etwas weggekommen, als hinzugekommen, und der Wegfall des zweiten „cessare" ist hier um desto erklärlicher, weil dieses Wort gerade vorher steht, also das zweite Mal leicht übersehen oder für überflüssig gehalten werden konnte. Zu einem musterhaften freilich wird der Bau des Satzes auch so noch nicht. In einer andern, aber schwerlich glücklichen, Weise will neuerdings Adolph Schmidt in seinem Programm über die Persönlichkeit des Sklaven nach röm. R. Abth. I. (1868) S. 53 Anm. 117 der Stelle helfen. Er geht von der Annahme aus, dass in den Worten „aut non furti actionem dicet" das „aut non" den Sinn „oder wenigstens nicht" habe, dass aber zu „actionem" das Verbum fehle. Dieses ausgefallene Verbum, meint er, sei edi gewesen, und er schlägt demnach vor, dieses Wort hinter „actionem" einzuschieben. Allein durch die Annahme dieses Vorschlages müsste offenbar der Satz: „aut cessare aut non furti actionem [edi] dicet" einen äusserst geschraubten Sinn erhalten. — Noch ist zu bemerken, dass Th. Mommsen in seiner Digestenausgabe die Schlussworte der Stelle: „nam et condictio" durch einen Punkt von dem vorhergehenden trennt und als Anfangsworte des folgenden Satzes behandelt. Der Sinn unserer Stelle erleidet dadurch keine Veränderung.

§. 41.

Wesentlich verschieden war dagegen die Stellung Papinian's zu den erörterten Fragen. Von ihm gehören hierher zwei Stellen, beide aus dem nämlichen 27. Buche der Quaestiones, welche von jeher den Auslegern grosse Schwierigkeit bereitet haben, zumal da sie nicht nur den angeführten Ulpianischen Stellen widerstreiten, sondern sogar unter einander in Widerspruch zu stehen scheinen. Ich will sie vor allen Dingen ihrem Wortlaute nach mittheilen.

L. 14 D. h. t. 49, 17:

Filiusfamilias miles si captus apud hostes vita fungatur, lex Cornelia subveniet scriptis heredibus; quibus cessantibus iure pristino peculium pater habebit. (§. 1) Proxima species videtur, ut scriptis heredibus deliberantibus, quod servus interim stipulatus est vel ab alio sibi traditum (ohne Zweifel ursprünglich: mancipatum) accepit, quod quidem ad patris personam attinet, si forte peculium apud eum resederit, nullius momenti videatur, quum in illo tempore non fuerit servus patris; quod autem ad scriptos heredes, in suspenso fuisse traditio (mancipatio) itemque stipulatio intelligatur; ut enim hereditarius fuisse credatur, post aditam fit hereditatem. Sed paterna verecundia nos movet, quatenus et in illa specie, ubi iure pristino apud patrem peculium remanet, etiam acquisitio stipulationis vel rei traditae (mancipatae) per servum fiat. (§. 2) Legatum, quod ei servo relictum est, quamvis tunc propter incertum nulli sit acquisitum, omisso testamento patri tunc primum per servum acquiretur; quum, si fuisset exemplo hereditatis peculio acquisitum, ius patris hodie non consideraretur.

L. 18 pr. D. de stip. serv. 45, 3:

Si servus communis Maevii et castrensis peculii defuncto filiofamilias milite, antequam adeat institutus hereditatem, stipuletur: socio, qui solus interim dominus invenitur, tota stipulatio quaeretur, quoniam partem non facit hereditas eius, quae nondum est; non enim, si quis heredem existere filiofamilias dixerit, statim et hereditatem eius iam

esse consequens erit, quum beneficium Principalium constitutionum in eo locum habet, ut filiusfamilias de peculio testari possit, quod privilegium cessat, priusquam testamentum aditione fuerit confirmatum.[1]

In der L. 14 cit. geht Papinian von dem Satze aus, dass, wenn ein Haussohn und Soldat in feindlicher Gefangenschaft sterbe, die fictio legis Corneliae auch den von ihm ernannten Erben zu gute komme. (S. 202.) Unterliessen sie den Erbschaftserwerb, so komme das castrense peculium nach Maassgabe des frühern Rechtes, das heisst also nicht in der Eigenschaft einer Erbschaft, sondern in derjenigen eines Peculiums, dem Vater zu. Dieses führe auf die Frage (Proxima species videtur), wie es sich mit Erwerbungen eines castrensischen Sklaven in der Zeit verhalte, während welcher jene eingesetzten Testamentserben sich den Antritt oder die Ausschlagung noch überlegten. In dieser Zwischenzeit sei die juristische Natur des frühern castrense peculium noch völlig ungewiss. Werde nämlich die Erbschaft angetreten, so zeige sich jetzt erst, dass es nach rückwärts als Erbschaft, mithin jener Sklave zur Zeit der gemachten Erwerbung als ein erbschaftlicher anzusehen (ut enim hereditarius *fuisse* credatur, post aditam fit hereditatem). Werde sie ausgeschlagen, so erscheine es gerade umgekehrt nach rückwärts als Peculium. Wegen dieser einstweiligen völligen Ungewissheit

1) Vgl. über die Stellen im allgemeinen ausser der Glosse noch Cujacius lib. XXVII. Quaest. Papin. ad L. 18 pr. D. de stip. serv.; Ant. Faber, Iurispr. Papin. tit. XI. princ. VI. ill. 17; Bened. Pinellus, Variae resolut. lib. I. cap. V. nr. 67; Retes cap. VII. §. 10—17 (p. 263 sqq.); Majansius §. 42—45 (p. 290 sqq.); Pothier, Pand. Iust. XLV, 3 nr. 39; Glück, Comment. XXXIV. S. 110 ff.; Mühlberg, De pec. cast. non retrotrah. p. 16 sqq., vgl. p. 22 sqq., p. 48 sqq. Die meisten dieser Schriftsteller nehmen übrigens zwischen diesen Papinianischen und jenen Ulpianischen Stellen eine volle Uebereinstimmung an, was sich nur aus der Gewohnheit erklären lässt, die römischen Juristen um jeden Preis als „fungible Personen" zu betrachten. Ganz abgesehen von dem Inhalte der Stellen, beweisen schon die Worte: „Et puto verius" in der cit. L. 33 pr. D. de A. R. D. 41, 1 das Dasein einer Streitfrage. Einen freiern Blick hat sich Anton Faber bewahrt. Er erklärt a. a. O. geradezu: „Pugnat ergo in hac quaestione Ulpianus *ex diametro* cum Papiniano".

müsste man aber, wenn man bloss das strenge Recht zur Richtschnur nehmen wollte, zu der Entscheidung gelangen, dass in Ansehung des Vaters, falls etwa das castrense peculium bei ihm verbleiben sollte, ein Erwerb durch Stipulation oder Mancipation für gänzlich geltungs- und wirkungslos zu erachten wäre, da man im Hinblicke auf den gedachten Zustand der Ungewissheit (verb. „propter incertum" im §. 2 der Stelle) nicht sagen könne, dass der Sklave zur Zeit der Erwerbung ein Sklave des Vaters gewesen. In Ansehung der eingesetzten Testamentserben dagegen lasse sich allenfalls annehmen, dass der Rechtsbestand der Stipulation oder Mancipation vorerst nur in der Schwebe sei, und durch den spätern Erbschaftsantritt befestigt werde. Denn gleiches werde ja bei einem jeden Erbschaftssklaven angenommen, obschon er ebenfalls in der Zwischenzeit zwischen dem Tode des Erblassers und dem Antritte des Erben eigentlich als ein servus nullius erscheine.[2] Indessen, sagt Papinian, bewege ihn die dem Vater schuldige Rücksicht, trotz jener theoretischen Bedenken doch auch diesem, im Fall ihm das castrense peculium nach Peculienrechte verbleibe, die inzwischen durch die Stipulation oder Mancipation von Seite des castrensischen Sklaven erworbene Forderung oder Sache zuzusprechen.[3] Setze man eine Erwerbung

2) Vgl. L. 73 §. 1 D. de V. O. 45, 1 (Paul.): Si servus hereditarius stipulatus sit, nullam vim habitura sit stipulatio, nisi adita hereditas sit, quasi conditionem habeat. Dass von den römischen Juristen, und zwar noch von den jüngsten, erbschaftliche Sachen in der gedachten Zwischenzeit eigentlich als res nullius angesehen werden, ist bekannt und erhellt aus folgenden Stellen: L. 64 D. de hered. inst. 28, 5 (Labeo, Iavolen.); L. 1 pr. D. de div. rer. 1, 8, L. 55 §. 1 D. de legat. II. (Gaius); L. 13 §. 2 D. ad L. Aquil. 9, 2 (Celsus, Ulp.); L. 3 pr., §. 1 D. de pecul. 15, 1 (Labeo, Ulp.); L. 13 §. 5 D. quod vi 43, 24 (Labeo, Vivian., Ulp.); L. 6 D. expil. hered. 47, 19 (Paul.). Vgl. Jhering, Abhandlungen aus dem röm. Recht S. 158 ff.

3) Es zeigt sich hier also wiederum, und hier ganz besonders augenfällig das in unserer Lehre so vielfach wahrnehmbare Verfahren, dass zu Gunsten des Vaters über theoretische Schwierigkeiten hinweggesehen wird. — Cujacius will in dem Satze: „Sed paterna verecundia" rel. eine Note des Ulpian erblicken. Vgl. auch Retes §. 15 und Pothier. Dagegen mit Recht Glück S. 110 Anm. 48. Gerade dieser Satz ist nach Form

nicht durch Stipulation oder Mancipation, sondern durch ein dem castrensischen Sklaven von einem Dritten zugewandtes Legat, dessen dies cedens in der gedachten Zwischenzeit eingetreten: so müsse man folgerecht wiederum entscheiden, dass das Legat damals, zur Zeit des dies cedens, wegen der Ungewissheit des ganzen Verhältnisses für niemanden erworben worden sei. Für den im Testamente eingesetzten nicht, weil er damals noch nicht Erbe gewesen, und für den Vater nicht, weil man, wie gesagt, ein Eigenthum an dem Sklaven ihm während jener Zwischenzeit noch nicht zuschreiben könne. Trete jener nachher die Erbschaft an, so lasse sich indessen, da jetzt das frühere castrense peculium nach rückwärts als eine Erbschaft und der Sklave als ein erbschaftlicher zu betrachten, wiederum annehmen, dass der Sklave das Legat für die Erbschaft erworben habe, und dass es folglich mit ihr dem Erben zukomme.[4] In Ansehung des Vaters, falls ihm wegen Ausschlagung von Seite des Testamentserben das castrense peculium nach Peculienrecht anfalle, stehe ein ähnlicher Ausweg nicht zu Gebote. Denn ein der hereditas iacens analoges peculium iacens gebe es nicht. Wolle man ihm also dennoch aus der schon erwähnten schuldigen Rücksicht den Erwerb des Legates gestatten, so könne man letztern jedenfalls erst in dem Augenblicke der Destituierung des Testamentes vor sich gehen lassen und erst von diesem Augenblicke an rechnen, weil

---

und Gedanken so echt Papinianisch, als es nur einen geben kann, mag immerhin Anton Faber meinen, dass beides nicht die Hand Papinian's, sondern vielmehr Tribonian's verrathe.

4) Ausdrücklich wird dieses zwar in der Stelle nicht gesagt; dass es aber die Meinung Papinian's ist, ergiebt sich 1) aus der Entscheidung in dem §. 1, und 2) aus den Worten: „si fuisset *exemplo hereditatis* peculio acquisitum", die allen Sinn verlieren, wenn wir dem Juristen nicht diese Meinung beimessen. Auch haben von jeher sämmtliche Ausleger den Sinn der Stelle so aufgefasst. S. schon die glo. Acquiritur ad h. l.; Ant. Faber l. c.; Retes §. 16, 17 (p. 265); Majansius §. 44, 45 (p. 293 sqq.). Dass übrigens erbschaftliche Sklaven ein ihnen zur Zeit der ruhenden Erbschaft anfallendes Legat (mit Ausnahme des Legates eines Niessbrauches: s. §. 40 Anm. 3) ohne weiteres für die Erbschaft erwerben, erhellt z. B. aus L. 68 §. 1, L. 116 §. 3 D. de legat. I. (30) und L. 55 §. 1, L. 82 §. 2 D. de legat. II. (31).

auch das Eigenthum des den Erwerb vermittelnden Sklaven dem Vater erst jetzt und von jetzt an könne beigemessen werden.[5] Daraus folge denn aber, dass der Vater das Legat nur erhalten könne, wenn er die erforderliche Capacität besitze, während, wenn man annehmen dürfte, das Legat sei im Fall der Ausschlagung der Erbschaft dem peculium (iacens) erworben worden, ähnlich wie im umgekehrten Fall der (ruhenden) Erbschaft, und es sei dann erst mit dem peculium dem Vater zugegangen, nach den gegenwärtig (das heisst zur Zeit Papinian's) angenommenen Grundsätzen auf die Capacität des Vaters nichts ankommen würde.[6]

---

5) Dieses ist offenbar die Meinung der Worte: „omisso testamento patri *tunc primum* per servum acquiritur", wie sie denn auch von jeher verstanden worden sind. S. glo. Acquiritur ad h. l. verb.: aut non adeunt (sc. instituti), et tunc servus non quaerit peculio, nec peculium domino, sed recta via per servum domino quaeritur ex die omissi testamenti vere, ut hic. (Die Glosse setzt freilich bei: retro fictitie, ut eod. L. 19 §. 5.) Ferner Cujacius l. c.; Ant. Faber l. c.; Retes §. 16 (p. 265); Pothier l. c.; Glück S. 111 ff.; Mühlberg p. 21 sq. Majansius §. 45 (p. 294 sq.) giebt zwar zu, dass die Aeusserung Papinian's in diesem Sinne laute, meint aber, damit solle nur angegeben werden, wie sich die Sache „attenta nostra opinione" verhalte. In Betrachtung der „rei veritas" erweise sich das Legat schon rückwärts von dem dies cedens an als dem Vater erworben, und ein Widerstreit der L. 14 §. 2 cit. mit der L. 33 D. de A. R. D. 41, 1 sei daher überall nicht vorhanden.

6) So lege ich die Worte aus: „quum, si fuisset exemplo hereditatis peculio acquisitum, ius patris hodie non consideraretur", und nach meinem Bedünken geben sie erst bei dieser Auslegung einen vollkommen guten und brauchbaren Sinn. Das „ius patris" verstehe ich also von der Capacität, das „hodie" in Gemässheit seiner gewöhnlichen Bedeutung und im Hinblicke auf die oben in §. 40 Anm. 4 mitgetheilte L. 55 §. 1 D. de legat. II. (31) von der Zeit, da Papinian die Stelle schrieb. Mit dem letztern stehe ich freilich gänzlich allein; denn alle mir bekannte Ausleger (mit Ausnahme etwa der Glosse, die jedoch hier sehr dunkel und unklar ist) beziehen das „hodie" auf den unmittelbar vorher von Papinian erwähnten Zeitpunkt der Destituierung des Testamentes. Auch die deutsche Uebersetzung des Corpus iuris folgt dieser Auffassung, die aber, wie mir scheint, schon sprachlich gar nicht statthaft ist, ganz abzusehen von dem ungenügenden Sinn, der dadurch in die Aeusserung hineingebracht wird. Ferner habe ich bei der Deutung des „ius patris" auf die Capacität einzig in Anton Faber a. a. O. einen Bundesgenossen. Alle übrigen erblicken in den Worten: „ius patris hodie consideratur" nichts weiter als eine

Ich habe mich bemüht, den Gedankengang Papinian's in der L. 14 cit. möglichst getreu und objectiv wiederzugeben, und will, ehe ich zu weitern Bemerkungen übergehe, das gleiche auch in Rücksicht der L. 18 pr. cit. versuchen.

Ein Sklave, dessen Eigenthum zum Theil dem Mävius, zum Theil in ein castrense peculium gehört, hat nach dem Tode des Haussohnes und vor der Erklärung des von ihm eingesetzten Erben eine Stipulation vorgenommen. Die ganze Forderung, erklärt Papinian, werde dem Miteigenthümer Mävius erworben, der während jener Zwischenzeit als der einzige Eigenthümer des Sklaven zu erfinden. Man könne nicht sagen, dass bei diesem Erwerbe auch die Erbschaft des Haussohnes zu Theil gehen müsse. Zwar würde dieses der Fall sein, wenn der verstorbene Miteigenthümer ein paterfamilias gewesen wäre.[7] Hier aber sei noch

andere Wendung dafür, dass der Erwerb des Legates auf Seite des Vaters erst von der Zeit der Destituierung des Testamentes an, und nicht schon rückwärts von dem dies legati cedens an, gerechnet werde. S. Cujacius l. c., Retes §. 16 in fine (p. 265), Pothier l. c., Glück S. 111 fg. Eine recht seltsame Ansicht von der Bedeutung der gedachten Worte findet sich bei Schilter, Praxis iur. rom. Exercit. XLIV. §. 43. Er giebt nämlich als die Meinung Papinian's in der L. 14 D. cit. folgendes an: „Papinianus d. l. 14 rationem decidendi ex bono et aequo sumit, paternam scil. verecundiam movere, h. e. honorem iuri naturae debitum, ut, licet continuatio dominii nulla fingatur in hoc casu, tamen acquisitio fiat patri ex iure eius, quod hodie consideratur, nempe non peculii, sed successionis". Hand in Hand damit geht die alsbald folgende Bemerkung Schilter's, dass die fictio retrotractiva nur dann eintrete, wenn der Sohn, ohne testiert zu haben, versterbe; „si testamentum destituitur, succedit pater *legitimi heredis exemplo:* l. 17 §. 1 eod."

7) Dieses folgt schon ganz klar aus den Worten: „quoniam partem non facit hereditas eius, quae nondum est; non enim" rel. Es wäre aber auch ausserdem völlig unzweifelhaft; denn vgl. den §. 2 h. leg. 18; pr. I. de stip. serv. 3, 17; L. 33 §. 2 D. de A. R. D. 41, 1; L. 41 D. de reb. cred. 12, 1; L. 25, 26, 35 D. de stip. serv. 45, 3; L. 4 D. de div. temp. 44, 3; L. 73 §. 1 D. de V. O. 45, 1 u. a. Die Lehre des Majansius §. 43 in fine (p 293), wonach allemal, wenn ein Sklave im Miteigenthum einer ruhenden Erbschaft und eines Dritten eine Stipulation vornähme, die ganze Forderung bloss dem letztern erworben würde, ist daher völlig haltlos und widerstreitet sogar der L. 18 pr. cit., auf welche sie von Majansius gegründet wird.

gar keine Erbschaft vorhanden. Man könnte einwenden wollen, dass doch der von dem Haussohn eingesetzte durch den Antritt wirklicher Erbe des letztern werde; allein, wie richtig dieses immer sei, so folge daraus doch noch nicht ohne weiteres, dass auch schon jetzt („iam"), das heisst vor dem Antritt, eine Erbschaft bestehe. Denn dieses würde voraussetzen, dass die kaiserlichen Constitutionen verordnet hätten, ein Haussohn solle in Betreff seines castrense peculium völlig wie ein paterfamilias beerbt werden. So liege aber die Sache nicht. Dem Haussohn sei vielmehr nur das Privilegium gegeben, über sein castrense peculium zu testieren und dadurch denn allerdings eine Erbfolge in dieses Vermögen herbeizuführen. Unter diesen Umständen könne das Dasein einer Erbschaft in Folge dieses Privilegs nicht früher angenommen werden, als bis es gewiss sei, dass der Haussohn testatus gestorben. Das sei aber erst gewiss, wenn sein Testament durch den Antritt des eingesetzten Erben befestigt worden sei. Denn schlage der letztere aus, so sei der Haussohn um nichts minder intestatus gestorben, als wenn er gar kein Testament errichtet hätte.[8]

Ich glaube, hiemit auch den Inhalt der L. 18 pr. cit. ganz im Sinne Papinian's entwickelt zu haben. Aber wenn so der Inhalt und Gedankengang der Stelle ist, besteht dann nicht zwischen ihr und der L. 14 cit. ein offener und greller Widerspruch? Der letztern zufolge würde der Antritt des eingesetzten Testamentserben das castrense peculium nach rückwärts und von dem Tode des Haussohnes an als Erbschaft erscheinen lassen, und demgemäss würde auch die von einem castrensischen Sklaven inzwischen vorgenommene Stipulation von Anfang an als die Stipulation eines Erbschaftssklaven, die daraus entsprungene Forderung mithin als eine von Anfang an der Erbschaft erworbene sich darstellen. Angenommen also, der Sklave habe nur zu einem Theil dem castrense peculium, zu einem Theil aber einem andern gehört, so sollte man, scheint es, hienach und in Rück-

8) Vgl. die Aeusserung des Paulus in der L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2: placeret mihi, extraneo herede instituto *fieri hereditatem aditione eius.*

sicht auf die übrigen in der L. 14 ausgesprochenen Sätze folgende Entscheidung erwarten: Die Stipulation wird sofort den andern Miteigenthümer zu seinem Antheil endgültig erworben. In Ansehung des auf das castrense peculium treffenden Antheils dagegen ist ihr Schicksal zunächst noch in der Schwebe. Erfolgt später der Antritt aus dem Testamente des Haussohnes, so zeigt sich, dass dieser Antheil für seine Erbschaft erworben, mit dieser sonach seinem Testamentserben zugekommen ist. Wird dagegen die Testamentserbschaft des Haussohnes ausgeschlagen, so stellt sich dann allerdings für die ganze Zwischenzeit seit seinem Tode der andere Miteigenthümer als der alleinige Eigenthümer heraus; denn dem Vater kann ja für diese Zeit nach Papinian's Ansicht unter keinen Umständen ein Eigenthum an den castrensischen Sachen zugeschrieben werden. Man muss daher nunmehr annehmen, dass jener von Anfang an die ganze Forderung erworben. Was also Papinian in der L. 18 pr. cit. unbedingt hinstellt, das, sollte man meinen, könnte nach seinen eigenen Grundsätzen, wie er sie in der L. 14 cit. entwickelt, bloss für den Fall der Destituierung des Testamentes richtig sein.

Diese Schwierigkeit ist frühzeitig genug erkannt worden. Um sie zu heben, hat schon die Glosse (glo. Stipulatio ad L. 18 pr. cit.), später auch Cujacius, Retes, Pothier, Glück, der L. 18 pr. cit. folgende Auslegung gegeben. Der Mävius erwerbe zwar inzwischen allein die ganze Forderung aus der Stipulation, weil sich einstweilen nur von ihm mit Sicherheit sagen lasse, dass er Eigenthümer des Sklaven sei. Für den auf das castrense peculium treffenden Antheil sei jedoch dieser Erwerb ein bloss widerruflicher, welcher nach rückwärts und von Anfang an wieder aufgehoben werde, falls später der vom Haussohn eingesetzte Erbe antrete; nach der Glosse auch, falls er ausschlage und folglich das castrense peculium dem Vater zufalle.[9]

9) Auch die Meinung findet sich, dass der Mävius die Forderung zwar allein behalte, falls später der eingesetzte Testamentserbe antrete, aber nicht, falls er ausschlage; weil, „quando institutus omittit hereditatem, servus semper fuit peculii, quod pater suo iure retro habuisse creditur". S. Bened. Pinellus, Var. resolut. lib. I. cap. V. nr. 67. Anton Faber scheint die L. 18 pr. cit. ganz übersehen zu haben.

Aber wird damit dem Papinian nicht gerade das Gegentheil von demjenigen in den Mund gelegt, was er wirklich gesagt hat? Im Angesichte seiner klaren Worte darf es nach meinem Dafürhalten gar nicht angezweifelt werden, dass er dem Mävius endgültig und für jeden Fall die ganze Forderung zuspricht. Nur allein darum kann sich die Frage drehen, wie sich diese Entscheidung rechtfertigen und mit der L. 14 cit. vereinbaren lasse. Denn von einem eigentlichen Widerspruche darf doch bei zwei Stellen aus einem und demselben Buche des nämlichen Werkes nicht füglich die Rede sein.

Den Schlüssel zur Lösung bietet, wie ich glaube, die Aeusserung Papinian's in der L. 14 §. 2 cit.: „quamvis tunc propter incertum nulli sit acquisitum". Während der Zeit von dem Tode des Haussohnes bis zu der Erklärung des von ihm eingesetzten Erben sei es völlig ungewiss, ob das bisherige castrense peculium juristisch als hereditas oder als peculium zu betrachten. Erst durch spätere Umstände werde diese Ungewissheit beseitigt. Wegen dieser völligen Ungewissheit könne man aber einstweilen nicht sagen, dass ein zu dem bisherigen castrense peculium gehöriger Sklave irgend jemandes Eigenthum sei, folglich für irgend jemanden erwerbe.

Dass so Papinian's Gedanke, kann nach seinen Worten keinem Zweifel unterliegen. Und daraus erklärt sich nun auch, wie er in der L. 18 pr. cit. zu der Aeusserung kommt, dass der Mävius inzwischen allein als der Eigenthümer des Sklaven angesehen werden könne. So wäre denn zwischen den beiden Stellen der verbindende Zusammenhang gefunden.

Aber, wird man vielleicht hier einwerfen, wie konnte Papinian zu einem solchen Gedankengange kommen? Hätte er nicht vielmehr, gleich dem Marcellus, Scävola und Ulpian, die Ungewissheit des ganzen Verhältnisses folgerecht auch auf die inzwischen von Seite castrensischer Sklaven gemachten Erwerbungen übertragen, mithin darüber, für wen diese gleich Anfangs geschehen, ob für die Erbschaft oder für den Vater, ebenfalls die spätern Umstände entscheiden lassen müssen?

Ich habe die Antwort auf diese Frage schon früher in meiner Schrift über den Begriff der Rückziehung S. 14 Anm. 15

angedeutet und dort bereits das verschiedene Verfahren Papinian's und der genannten andern Juristen mit der bekannten Streitfrage der Sabinianer und der Proculianer über das Eigenthum einer per vindicationem legierten Sache vor der Erklärung des Legatars in eine Verbindung gebracht.

Bei Schwebeverhältnissen von der Art, dass erst ein künftiges Ereigniss über die wahre juristische Natur eines gegenwärtigen Zustandes Aufschluss geben kann, ist nämlich eine doppelte Art der Behandlung möglich. Entweder kann man sagen: so unentschieden, als der Zustand selbst, müssten auch seine Wirkungen sein. Auch über sie könne erst die Zukunft Aufschluss geben, und sie seien stets nach rückwärts gemäss derjenigen Entscheidung zu bestimmen, welche durch die zukünftige Gestaltung der Dinge die juristische Natur jenes Zustandes selbst erhalte. Oder man kann mit gleicher Berechtigung von folgender Erwägung ausgehen. Wenn erst von der Zukunft die Entscheidung zu erwarten sei, ob die gegenwärtige juristische Natur eines gewissen Zustandes die oder jene gewesen, so stehe für die Gegenwart kein Mittel zu Gebote, die wahre Natur dieses Zustandes zu ermitteln. Bei solcher völliger Unbestimmbarkeit könne aber in der Gegenwart, welche ihre Beurtheilung jetzt und sogleich erheische, an den unentschiedenen Zustand überhaupt keine Wirkung angeknüpft werden: „Quod pendet, non est pro eo, quasi sit“, wie Paulus in der L. 169 §. 1 D. de R. I. 50, 17 diese Regel ausdrückt.

Beiderlei Arten der Behandlung finden wir von Seite der römischen Juristen angewendet.[10] Und namentlich scheint mir damit die erwähnte Streitfrage der Sabinianer und der Proculianer zusammen zu hängen, wem das Eigenthum einer per vindicationem ohne Bedingung legierten Sache in der Zwischenzeit zwischen dem Erbschaftsantritte und der Erklärung des Legatars über Annahme oder Ablehnung des Legates zuzuschreiben sei. Die Sabinianer giengen von der ersten Behandlungsweise aus.

---

10) Auf die eine wie die andere deutet unverkennbar Paulus hin, wenn er, redend von dem Versprechen, überhaupt einen Sklaven zu geben, in der L. 2 §. 1 D. de V. O. 45, 1 bemerkt: Nam si Stichi pars soluta sit, nondum in ulla parte stipulationis liberatio nata est, sed *aut statim repeti potest, aut in pendenti est*, donec alius detur.

Das Eigenthum, sagten sie, ist vorerst noch unentschieden, bis der Legatar eine Erklärung abgegeben. Je nachdem er das Legat annimmt oder ausschlägt, erweist sich, ob die Sache seit dem Erbschaftsantritte in seinem Eigenthum, oder ob sie in demjenigen des Erben gestanden habe. Danach sind auch die Folgen zu bemessen, und namentlich die Entscheidung der Frage, ob Erwerbungen, die der legierte Sklave während der Schwebezeit gemacht, für den Legatar oder für den Erben gemacht worden.[11] Hiegegen wurde von den Proculianern in Anwendung der zweiten Art der Behandlung folgendes erwidert: Allerdings ist vor der Erklärung des Legatars das Eigenthum völlig unbestimmbar. Daraus folgt aber, dass wir es bis dahin niemandem zuschreiben können, sonach die legierte Sache inzwischen für nullius erklären müssen.[12] Wahrscheinlich wurde daraus die weitere Folge abgeleitet, dass während dieser Zeit der Unbestimmtheit der legierte Sklave überhaupt gar nicht gültig stipulieren oder durch Mancipation oder Legat erwerben könne.

Auf diesem zweiten Standpunkte steht nun auch Papinian in der cit. L. 14 D. h. t. und der cit. L. 18 pr. D. de stip. serv. Es ist einstweilen noch durchaus unbestimmbar, ob das castrense peculium zu einer Erbschaft, oder ob es zu einem gewöhnlichen Peculium geworden ist. Folglich können wir es vorläufig weder für das eine, noch für das andere, und also die dazu gehörigen Sklaven weder für erbschaftliche, noch für Sklaven des Vaters ansehen. Darum vermag auch streng genommen ein solcher Sklave einstweilen für niemanden etwas zu erwerben, es wäre denn, dass noch ein anderer Miteigenthümer vorhanden wäre, dem dann aber, weil er inzwischen allein als Eigenthümer des Sklaven zu erfinden, der ganze Erwerb des Sklaven zufallen müsste.[13] Man sieht, ganz und gar und bis auf den Ausdruck

---

11) Gai. II, 195; L. 86 §. 2 D. de legat. I. (30) von Julian; L. 44 §. 1 D. eod. von Ulpian; L. 15 D. de reb. dub. 34, 5 von Marcian u. a.

12) „Putant, nullius interim eam rem esse" sagt Gai. II, 200. Natürlich darf dabei nicht an eine res nullius in dem gewöhnlichen Sinn gedacht werden, deren Eigenthum jedermann durch Occupation erwerben könnte.

13) Es erscheint mir der Erwähnung würdig, dass schon Raphael Cumanus ad L. 18 pr. cit. eine ganz ähnliche Erklärung giebt. Er sagt

(„*nullius* interim esse" — „*nulli* acquiritur") das nämliche Verfahren, wie dasjenige der Proculianer bei dem Vindicationslegate.

Gut, wird man vielleicht sagen; die Entscheidung der L. 18 pr. cit. ist hiemit leidlich erklärt. Desgleichen der Ausspruch in der L. 14 cit., dass alle Erwerbungen eines castrensischen Sklaven in der Zwischenzeit von dem Tode des Haussohnes bis zu der Erklärung des eingesetzten Erben dem strengen Rechte nach für ungültig erachtet werden müssten, falls dieser ausschlage und so das castrense peculium dem Vater zukomme. Wie aber verträgt es sich damit, dass dergleichen Erwerbungen gelten sollen, falls umgekehrt der Erbe später antritt? Ich weiss darauf keine andere Antwort zu geben, als diese. Papinian hielt die Auffassung, die ich ihm bisher zugeschrieben, für die eigentlich richtige und folgerechte. Allein streng durchgeführt hätte danach in vielen Fällen ein castrensischer Sklave in der genannten Zwischenzeit gar nichts zu erwerben vermocht. Dieses musste praktisch unangemessen und für den Verkehr hinderlich erscheinen. Papinian liess sich daher aus praktischen Rücksichten herbei, von der strengen Folgerichtigkeit so viel nachzugeben, als nur irgend durch vorhandene Analogieen zu rechtfertigen stand. Eine solche Analogie fand sich aber für den Fall, dass die Erbschaft des Haussohnes angetreten ward, in den Erwerbungen gewöhnlicher erbschaftlicher Sklaven. Auch diese Sklaven sind während der Zeit der ruhenden Erbschaft eigentlich servi nullius; und auch bei ihnen stellt sich genau genommen erst dadurch, dass jemand die Erbschaft antritt, heraus, dass sie von dem Tode des Erblassers an Sklaven einer Erbschaft gewesen. Darum gelten auch ihre Erwerbhandlungen nur für den Fall und nur gleichsam unter der stillschweigenden Bedingung, dass später die Erbschaft von jemandem angetreten wird. (S. Anm. 2.) Freilich ist bei ihnen die Wahrscheinlichkeit, dass sie sich in Folge eines spätern Erbschaftsantrittes von dem Tode des Erblassers an als Sklaven einer Erbschaft herausstellen werden, ungleich

nämlich: Et illis bonis interim nihil potest acquiri. Ratio, quia pendet ex eventu futuro; nam si heres adeat, fingitur adiisse usque a tempore mortis, si vero non adeat, fingitur fuisse retro patris. Ideo *interim non acquiritur, quia nec certis bonis posset acquiri.*

grösser, als bei den castrensischen Sklaven nach dem Tode des mit Hinterlassung eines Testamentes gestorbenen Haussohnes, da bei diesen nicht, wie bei jenen, für den Fall, dass die Testamentserbschaft ausgeschlagen werden sollte, noch eine Intestaterbschaft im Hintergrunde steht. Im Hinblicke auf die Intestaterbfolge ist bei gewöhnlichen erbschaftlichen Sklaven die Ungewissheit, ob sie wirklich Sklaven einer Erbschaft seien, nur eine so äusserst geringe, dass sie vorerst gar keine Berücksichtigung verdient. Bei jenen castrensischen Sklaven dagegen ist diese Ungewissheit eine sehr starke; denn es hängt ja allein von der Entscheidung der Testamentserben ab, ob das frühere castrense peculium seit dem Tode des Haussohnes als eine Erbschaft, oder ob es als ein gewöhnliches peculium betrachtet werden muss. Indessen ist immerhin eine gewisse Analogie nicht zu verkennen. Und für einen Nothfall kann man daher mit Berufung auf diese Analogie dem praktischen Bedürfnisse die Einräumung machen, dass man von solchen castrensischen Sklaven inzwischen geschehene Erwerbungen für gültig erklärt, gesetzt dass später der vom Haussohn ernannte Erbe antritt. Aber freilich auch nur für einen Nothfall. Wo diesen Erwerbungen der Rechtsbestand ohnehin gesichert ist, der Verkehr also unter der streng folgerechten Behandlung des Verhältnisses nicht leidet, da besteht kein Grund, von ihr abzugehen und zu jener doch immer nur sehr unvollkommenen Analogie zu greifen. Das ist aber namentlich der Fall, wenn der Sklave noch einen zweiten Herrn hatte, indem nun das Dasein des letztern vollkommen genügt, um Erwerbungen des Sklaven aufrecht zu halten.[14]

§. 42.

Wiederum etwas anders, als von Papinian, wird das Verhältniss in der Zwischenzeit von dem Tode des Haussohnes bis zu der Erklärung des von ihm eingesetzten Erben behandelt von Tryphonin in der L. 19 §. 5 D. h. t. 49, 17. Diese mit unge-

14) Einen ähnlichen Gedanken finde ich schon bei Majansius §. 43 (p. 292 sq.).

wöhnlichen Schwierigkeiten behaftete Stelle steht aber mit den vorausgehenden §§. 3 und 4. der L. 19 in einem so engen Zusammenhange, dass sie gesondert von ihnen nicht füglich erörtert werden kann. Ich will daher alle drei Paragraphen hierhersetzen. Sie bildeten ursprünglich ein Stück des 18. Buches der Disputationes und lauten nach den Digesten so:

Pater peculii castrensis filii servum testamento liberum esse iussit; intestato defuncto filiofamilias, mox patre, quaeritur, an libertas servo competat. Occurrebat enim, non posse dominium apud duos pro solido fuisse; denique filium posse manumittere talis peculii servum, Hadrianus constituit, et si testamento tam filii quam patris idem servus accepisset libertatem, et utrique pariter decessissent, non dubitaretur, ex testamento filii liberum eum esse. Sed in superiore casu pro libertate a patre data illa dici possunt, numquid, quoad utatur iure concesso filius in castrensi peculio, eousque ius patris cessaverit; quodsi intestatus decesserit filius, postliminii cuiusdam similitudine pater antiquo iure habeat peculium, retroque videatur habuisse rerum dominia; (§. 4) non tamen, si ut heres vivo filio vindictam servo imposuit, dicatur, eum post mortem intestati filii ex illa manumissione liberum factum esse. (§. 5) Quid autem, si testamentum fecerit filius, et non sit eius adita hereditas? Non tam facile est dicere, continuatum patri post mortem filii rerum peculii dominium, quum medium tempus, quo deliberant instituti heredes, imaginem successioni praestiterit; alioquin, et si adita sit ab instituto hereditas filii, dicetur, a patre ad eum transiisse proprietatem, quod absurdum est, si (nisi Hal. Vulg.) in pendenti, ut in aliis, et in hac specie habeamus dominia, ut ex facto (postfacto Hal.) retro fuisse aut non fuisse patris credamus; secundum quod difficile erit expedire, si, dum deliberant heredes, dies cesserit legati servo dati istius peculii testamento eius, ex quo pater nihil capere potuisset, an id ad ipsum pertineat, quum utique ad heredem filii pertineret. Facilior tamen de libertate servi deliberatio est in specie, in qua intestatus filius decessisse proponitur. Non est ergo ratio respondendi, competere libertatem eo tempore datam,

quo non fuit in dominio patris. Favorabilem tamen sententiam contrariam in utroque casu non negamus.[1]

Tryphonin setzt zuerst den Fall, dass der Vater in seinem Testamente einen castrensischen Sklaven seines Haussohnes direct für frei erklärt hat, dass dann der Haussohn ohne Hinterlassung eines Testamentes verstorben,[2] und dass nachher auch der Vater gestorben ist. Es sei die Frage, sagt er, ob unter solchen Voraussetzungen dem Sklaven aus jener Freilassung die Freiheit zu Theil werde. Der Grund des Zweifels liege darin, dass nicht zweie zugleich, jeder für das ganze, das Eigenthum einer und derselben Sache haben könnten. Nun habe aber Hadrian verordnet, dass der Sohn einen castrensischen Sklaven freilassen könne, woraus zu schliessen, dass der Sohn als der Eigenthümer solcher Sklaven betrachtet werden müsse. (S. 131 fg.) Und sicherlich; wenn ein und derselbe castrensische Sklave sowohl in dem Testamente des Sohnes, als in demjenigen des Vaters die Freiheit erhalten, und Vater und Sohn ganz gleichzeitig gestorben, so dürfte man dann im Hinblicke auf jene Verordnung nicht zweifeln, dass er aus dem Testamente des Sohnes zur Freiheit gelange. Allein in dem vorigen Falle (das heisst demjenigen, von welchem Tryphonin ursprünglich ausgegangen) lasse sich zu Gunsten der

---

1) Man vergleiche ausser der Glosse und dem Casus zu der Stelle (letztern von Franc. Accursius): Ant. Faber, Iurispr. Papin. tit. XI. princ. VI. ill. 12; Athanasius Oteyza et Olano, Paralipom. et elect. iur. civ. (1646) lib. IV. cap. XII. nr. 29 sqq. (in Meerman Thes. t. I. p. 588 sqq.); Retes cap. VI. §. 16 sqq. (p. 260 sq.), cap. VII. §. 4, 7, 9, 18 (p. 262 sqq.); Majansius §. 29 (p. 278), §. 35 (p. 284 sqq.); Pothier, Pand. Iust. XLIX, 17 nr. 13; Glück, Commentar XXXIV. S. 114 ff.; die Uebersetzung von Feust im deutschen Corpus iuris und die Noten daselbst von Sintenis; Mühlberg, De pec. cast. non retrotrah. p. 53 sqq.

2) Ohne Hinterlassung eines Testamentes. In dem „intestatus“ allein liegt dieses natürlich nicht. Allein der ganze Zusammenhang, namentlich die nachfolgende Art der Schlussfolgerung und der Gegensatz der Frage am Anfange des §. 5 der Stelle, lehrt, dass Tryphonin in dem §. 3 an einen „intestatus *defunctus*“ in dem strengsten Sinne denkt, das heisst an einen solchen, der bei seinem Tode schon intestatus war, also gar kein Testament gemacht hatte. So ist auch der Fall von jeher allgemein verstanden worden.

von dem Vater ertheilten Freiheit folgendes sagen: ob nicht etwa das natürliche Recht, welches dem Vater in Rücksicht auf die Erwerbungen seiner Hauskinder zustehe, in Ansehung des castrense peculium bloss insofern ausser Wirkung getreten sei, als der Haussohn von dem ihm durch die kaiserlichen Privilegien verliehenen Recht einen Gebrauch mache, und ob folglich nicht, falls er ohne Ausübung seiner Testierbefugniss versterbe, vermöge einer ähnlichen Erscheinung, wie bei dem postliminium, der Vater das peculium nach altem Rechte, das heisst nach Peculienrecht, erhalte und nach rückwärts als der Eigenthümer der castrensischen Sachen zu betrachten sei.[3] Nur freilich, fügt der Jurist (in dem §. 4 der Stelle) zur Verhütung von Missverständnissen hinzu, dürfe man daraus nicht etwa auch folgern wollen, dass einem castrensischen Sklaven, welchen der Vater bei Lebzeiten des Sohnes durch vindicta freigelassen, nach testamentlosem Versterben des letztern aus jener Freilassung die Freiheit zuzuschreiben wäre. (S. 268.)

Es wäre sehr zu wünschen, dass Tryphonin mit der gleichen Unumwundenheit sich darüber ausgesprochen hätte, wie er denn

3) Meist will man aus den Aeusserungen Tryphonin's, besonders aus dem Ausdrucke: „numquid — — eo usque ius patris *cessaverit*" und aus der Bemerkung in dem §. 5 der Stelle: „non tam facile est dicere, *continuatum* patri post mortem filii rerum peculii dominium", entnehmen, dass dieser Jurist als den eigentlichen und wahren Eigenthümer des castrense peculium auch während des Lebens des Sohnes den Vater angesehen habe. Vgl. Ant. Faber l. c., Retes cap. VI. §. 19, die deutsche Uebersetzung des Corpus iuris u. a. Gewiss nicht mit Grund. Die ausgehobenen Worte des §. 5 werden alsbald weiter unten im Texte ihre richtige Erklärung finden, und auf die Meinung jenes andern Ausdruckes komme ich später noch zurück. (§. 43.) Dass Tryphonin dem Sohn und nicht dem Vater das Eigenthum der castrensischen Sachen zuschreibt, erhellt aus dem ganzen Zusammenhange der Stelle, namentlich aber aus dem Satze: „occurrebat enim, non posse dominium apud duos pro solido fuisse", ferner aus der Hinweisung auf die Analogie des postliminium und aus der Bemerkung: „retroque *videatur* habuisse rerum dominia". Und auch aus dem §. 1 der Stelle geht hervor, dass dieser Jurist nicht, wie es sich gemäss jener gewöhnlichen Annahme herausstellen würde, zu den Anhängern der ältern, conservativern Auffassung des Verhältnisses bei dem castrense peculium gehörte, sondern dass er vielmehr der neuern Auffassung desselben zugethan war. (§. 26 Nr. 3.)

nun eigentlich den von ihm erörterten Hauptfall entscheide. Er giebt nur die Gründe an, aus denen man der testamentarischen Freilassung von Seite des Vaters eine Geltung und Wirkung beilegen könne; dass er diese Gründe billige, lässt er den Leser bloss errathen. Doch kann daran füglich kein Zweifel bestehen. Es ergiebt sich nämlich theils aus dem ganzen Zusammenhange, theils aus jener Bemerkung in dem §. 4 der Stelle, theils endlich aus der Art und Weise, wie in dem §. 5 die weitere Frage angeknüpft wird („Quid *autem* — —; *non tam facile est dicere*" rel.). Man kann daher der Meinung Pothier's und Mühlberg's nicht beistimmen, wonach Tryphonin seinen Fall zuvörderst noch unentschieden liesse und erst am Ende der ganzen Stelle, nämlich am Schlusse des §. 5, auch für ihn die Entscheidung gäbe. Mit einer solchen Auffassung muss man nothwendig zu einer gänzlich falschen Auslegung des §. 5 gelangen.

Es ist freilich schwer genug, die richtige Auslegung dieses letzten Stückes der Stelle zu geben, das wegen seiner Dunkelheit von jeher berüchtigt gewesen ist, und welches in der That Schwierigkeiten darbietet, wogegen diejenigen der §§. 3 und 4 nur als ein leichtes und unbedeutendes Vorspiel erscheinen. Ich will die Ansicht mittheilen, die ich mir durch lange und oft wiederholte Beschäftigung mit der Stelle nach mancherlei Schwankungen gebildet habe.

Tryphonin hat den Fall erörtert, da der Vater in seinem Testamente bei Lebzeiten des Sohnes einem castrensischen Sklaven die Freiheit gegeben, hierauf der Sohn ohne Hinterlassung eines Testamentes und später der Vater gestorben ist. In Rücksicht darauf, dass der Vater nach rückwärts als der Eigenthümer der castrensischen Sachen anzusehen, falls der Sohn ohne Testament versterbe, hat er sich für die Geltung und Wirkung der Freilassung entschieden. Wie aber, so fährt er jetzt fort, wenn der Sohn ein Testament gemacht hat und seine Erbschaft nicht angetreten worden ist?

Gleich hier beginnen die Schwierigkeiten. Denn auf was ist diese Frage zu beziehen? Ich war eine Zeit lang sehr geneigt, darin eine allgemeine Frage nach der juristischen Gestaltung des Verhältnisses in der Zwischenzeit zwischen dem Tode

des Haussohns und der Erklärung der von ihm eingesetzten Erben zu erblicken, und man würde mit dieser Ansicht zu einer ganz erträglichen Auslegung der Stelle gelangen. Allein sie lässt sich bei genauerer Erwägung und unbefangener Betrachtung nicht festhalten. In Rücksicht auf den ganzen Zusammenhang und Gedankengang der Stelle muss nothwendig auch dieser Frage, wie es denn von jeher geschehen, eine Beziehung auf die testamentarische Freilassung eines castrensischen Sklaven von Seite des Vaters gegeben werden. Aber welche Beziehung?

Man könnte an den Fall denken wollen, da der Vater sein Testament während des Lebens des Sohnes gemacht hätte, aber nach dem Tode des letztern in der eben erwähnten Zwischenzeit gestorben wäre. Allein dieses liesse sich schwerlich mit der Fassung der Frage vereinigen und namentlich mit den Worten: „et non sit eius adita hereditas“. Auch würde man kaum eine recht befriedigende Erklärung gewinnen für den Satz: „non est ergo ratio respondendi, competere libertatem eo tempore *datam*, quo non fuit in dominio patris“. Denn wie sollte der Jurist, nachdem er sich bisher abgemüht zu zeigen, dass dem Vater in jener Zwischenzeit, das heisst also der gemachten Annahme gemäss zur Zeit seines Todes, nicht wohl das Eigenthum des freigelassenen Sklaven zugeschrieben werden könne, — wie sollte er dazu kommen, gerade in dem Satze, in welchem er die Schlussfolge seiner Erörterungen zieht, plötzlich von der Zeit der Ertheilung der Freiheit, das heisst der Testamentserrichtung, zu reden?

Diese Schwierigkeit würde verschwinden, wenn man die Voraussetzung dahin stellte, dass der Vater sein Testament erst nach dem Tode des Sohnes während der gedachten Zwischenzeit gemacht hätte, und wenn man demnach der von Tryphonin aufgeworfenen Frage den Sinn beilegte, ob die in dieser Zwischenzeit von dem Vater vorgenommene testamentarische Freilassung eines castrensischen Sklaven zur Freiheit führen könne, falls nachher die Testamentserbschaft des Sohnes ausgeschlagen und dadurch das Testament des letztern destituiert werde. Auch alle übrigen Theile der Stelle würden sich bei einer solchen Auffassung und Deutung der Frage in einen guten Zusammenhang bringen lassen.

Trotzdem muss, wie mir scheint, diese Auslegung nicht minder, als die frühere, aufgegeben werden. Wenn man den Wortlaut der Frage und ihre unmittelbare Verknüpfung mit der vorhergehenden Erörterung sorgfältig und unbefangen erwägt: so kann sie gewiss nicht anders verstanden werden, als so, wie sie von jeher allgemein verstanden worden ist. Nicht anders nämlich, als dahin, ob die zu Lebzeiten des Sohnes in dem Testamente des Vaters geschehene Freilassung eines castrensischen Sklaven auch dann zur Geltung und Wirkung gelange, wenn der Sohn zwar mit Hinterlassung eines Testamentes gestorben, dieses aber bereits vor dem Tode des Vaters durch Ausschlagung der Erbschaft destituiert worden sei. Der Fall würde also mit dem vorher in dem §. 3 der Stelle verhandelten die Merkmale gemein haben, dass der Vater während des Lebens des Sohnes dem Sklaven testamentarisch die Freiheit ertheilt hat, und dass der Vater erst stirbt, nachdem ihm das castrense peculium, weil vorher schon der Sohn gestorben und intestatus gewesen, nach Peculienrechte anheim gefallen ist. Einzig darin würden sich die beiden Fälle unterscheiden, dass dort der Sohn gar kein Testament hinterlassen hat und also schon als intestatus gestorben ist, hier dagegen erst nach seinem Tode durch Destituierung seines Testamentes zu einem intestatus geworden ist.[4]

Freilich scheint bei dieser Auffassung der Frage das unmittelbar folgende einige Schwierigkeit zu machen. „Es sei nicht so leicht zu sagen, dass nach dem Tode des Sohnes das Eigenthum des Vaters an den castrensischen Sachen fortdauere." Was soll das, wenn Tryphonin wirklich den eben bezeichneten Fall vor Augen hatte? Ist doch die Gültigkeit und Wirksamkeit einer directen testamentarischen Freilassung nur durch Eigenthum an dem Sklaven zur Zeit der Testamentserrichtung und sodann wieder zur Zeit des Todes des Testators bedingt, und bleibt doch das Eigenthum in der Zwischenzeit ausser allem und jedem

---

4) Vgl. Franc. Accursius im Casus zu der Stelle; Bartolus ad h. l.; Anton Faber l. c.; Majansius §. 35; Pothier l. c.; Sintenis in der Note 154 zu der Stelle in der deutschen Uebersetzung des Corpus iuris; Mühlberg p. 56.

Betrachte.[5] Diese Schwierigkeit ist jedoch nur eine anscheinende. Sie löst sich, wenn wir die Mittelglieder in dem Gedankengange des Juristen folgendermaassen herstellen.

„Wenn der Vater stirbt, nachdem der Sohn durch die Destituierung seines Testamentes zu einem intestatus geworden, so war er Eigenthümer des freigelassenen castrensischen Sklaven unzweifelhaft zur Zeit seines Todes. Kann man ihn aber als Eigenthümer auch zur Zeit der Testamentserrichtung betrachten? In dem vorigen Fall (des §. 3 der Stelle) unterlag dieses keiner sonderlichen Schwierigkeit. Weit grösser dagegen sind die Schwierigkeiten, mit denen wir hier zu kämpfen haben. Zwar liesse sich, scheint es, geltend machen, dass doch auch hier das castrense peculium dem Vater nicht als Erbschaft und nach Erbschaftsrechte, sondern als Peculium und nach Peculienrechte zukomme; demzufolge könne ihm denn auch hier schon in die Lebzeit des Sohnes zurück das Eigenthum der castrensischen Sachen zugeschrieben werden. Allein wer aus dem Anfall nach Peculienrechte diesen Schluss ziehen will, der kann es offenbar nur um den Preis, dass er zugleich anerkennt, jenes Eigenthum des Vaters habe auch nach dem Tode des Sohnes in der ganzen Zeit, während welcher das castrense peculium dem von dem Sohn eingesetzten Testamentserben als Erbschaft deferiert war, fortgedauert. Will man dieses nicht anerkennen, so muss man sich auch jenes Schlusses enthalten. Eines steht und fällt mit dem andern."

Nun ist aber, meint Tryphonin, und damit nehme ich auch seine Worte wieder auf, gerade eben diese Anerkennung der Fortdauer des väterlichen Eigenthums während der Zeit, da die von dem Sohn ernannten Erben überlegen, überaus misslich. Denn in dieser Zwischenzeit stellt sich doch das castrense peculium als eine Erbschaft des Sohnes dar, womit sich die Annahme eines Eigenthums des Vaters an den dazu gehörigen Sachen nicht verträgt. Sonst würde man ja auch sagen müssen, dass, falls

5) Vgl. Gai. II, 267; Ulp. I, 23; §. 2 I. de sing. reb. per fideic. 2, 24; L. 35 D. de manum. test. 40, 4. (Paul.); ganz besonders aber L. 58 D. eod. (Maecian.).

der eingesetzte Testamentserbe des Sohnes die Erbschaft angetreten hätte, das Eigenthum jener Sachen von dem Vater auf ihn übergegangen wäre, da es abgeschmackt sein würde, wenn wir, wie in andern Fällen, so auch in diesem das Eigenthum als ein schwebendes behandeln und je nach der spätern Gestaltung der Umstände rückwärts hin dem Vater beilegen oder nicht beilegen wollten. Abgeschmackt wäre dieses aber, so müssen wir im Sinne des Juristen ergänzen, weil doch auf alle Fälle das castrense peculium dem von dem Sohn ernannten Erben als Erbschaft deferiert gewesen ist: eine Thatsache, welche durch keinerlei zukünftige Ereignisse weggewischt und ungeschehen gemacht werden kann.[6]

Diesem nach, fährt Tryphonin fort, das heisst wenn wir den Vater für die gedachte Zwischenzeit nicht als den Eigenthümer

6) Die Stelle giebt also mit der Florentinischen Lesart: „si in pendenti" rel. einen recht guten Sinn, sobald man in den Worten „quod absurdum est" das quod als Conjunction auffasst und mit weil oder da übersetzt. Vgl. Retes cap. VII. §. 9 (p. 263), Glück S. 114 Anm. 52, Sintenis in der Note 154 zu der Stelle in der deutschen Uebersetzung des Corpus iuris. Schon die Glosse giebt jedoch der Lesart „nisi in pendenti" rel. den Vorzug. Desgleichen Anton Faber, Majansius §. 35 und neuerdings Adolph Schmidt in dem öfters (z. B. §. 40 Anm. 6) erwähnten Programm S. 54 Note 118. Folgt man dieser Lesart, so muss man das quod als Pronomen betrachten und die Stelle erhält folgenden (schwerlich bessern) Sinn: Wollte man annehmen, dass der Vater in der fraglichen Zwischenzeit das Eigenthum der castrensischen Sachen habe, so müsste man sagen, dass es von ihm auf den antretenden Testamentserben des Sohnes übergehe, was ungereimt wäre; wir müssten denn etwa hier, wie in andern Fällen, zu der Annahme eines Schwebeverhältnisses greifen u. s. w. Wie man aber immer lesen möge, so hätte man doch so viel niemals verkennen sollen, dass Tryphonin selbst die Herbeiziehung eines Schwebeverhältnisses nicht billigt. Seine weitern Erörterungen lassen darüber keinen Zweifel. Auffallender Weise wird jedoch allgemein das Gegentheil angenommen. Schon in der glo. Si in pendenti ad h. l. findet sich diese falsche Ansicht, und zwar sogar unter der Voraussetzung der Lesart: „si in pendenti". Diese Glosse lautet nämlich wörtlich so: „Si in pendenti". alias „nisi", et bene. alias „si", et tunc dic: absurdum est, si sic dicamus; dicimus tamen, quia non possumus aliud. S. ferner Franc. Accursius in dem Casus zu der Stelle; Ant. Faber l. c.; Pothier l. c.; Glück S. 116; Mühlberg p. 59. Eine richtigere Ansicht habe ich bloss bei Majansius §. 35 (p. 285) angetroffen.

der castrensischen Sachen ansehen und auch kein Schwebeverhältniss annehmen, wird es freilich schwer sein auszumachen, ob, wenn innerhalb dieser Zeit der dies eines Legates cediert, das einem castrensischen Sklaven in einem Testamente zugewandt ist, gegenüber welchem der Vater der Capacität entbehrt, und wenn nachher die Testamentserben des Sohnes ausschlagen, — ob dann das Legat nicht dem Vater trotz seiner Incapacität zukommen müsse, gleichwie es jedenfalls und ohne jede Rücksicht auf Capacität oder Incapacität auch einem Erben des Sohnes zukommen würde.[7]

---

7) Ich habe das von „difficile erit expedire" abhängige an in der Bedeutung aufgefasst, die ihm nach den ein Zweifeln oder Schwanken bezeichnenden Ausdrücken so häufig und sogar vorherrschend zukommt, und in welcher es eine Hinneigung zur Bejahung enthält, oder, wie Klotz in seinem Wörterbuche sagt, dazu dient, „um, wenn auch nur leise, doch mit ziemlicher Bestimmtheit unsere subjective Ansicht oder Vermuthung, dass etwas sei, auszusprechen". Tryphonin tritt aber hier deshalb nur so leise und bloss in der Frageform auf, weil er mit seiner Ansicht, dass der Vater das in Rede stehende Legat ungeachtet seiner Incapacität erhalten müsse, aller Wahrscheinlichkeit nach ganz allein stand. Denn nicht nur hatte er natürlich diejenigen gegen sich, welche, wie Marcellus, Scävola und Ulpian, wenn das Testament des Sohnes destituiert ward, dem Vater nach rückwärts und auch für die Zeit seit dem Tode des Sohnes das Eigenthum der castrensischen Sachen zuschrieben (vgl. L. 33 pr. D. de A. R. D. 41, 1 und oben §. 40); sondern sogar Papinian, wiewohl auch er annahm, dass für die Zwischenzeit von dem Tode des Sohnes bis zu der Erklärung der von ihm eingesetzten Erben der Vater niemals und auf keinen Fall als der Eigenthümer der castrensischen Sachen hingestellt werden könne, wollte dennoch den Erwerb eines solchen Legates von der Capacität des Vaters abhängig machen. (Vgl. L. 14 §. 2 D. h. t. 49, 17 und oben §. 41.) — Dieser Theil der Stelle ist, soviel ich sehe, bisher nirgends richtig ausgelegt worden. Vor allen Dingen werden die Worte „secundum quod" ganz regelmässig auf das vorher erwähnte Schwebeverhältniss bezogen und also in dem Sinne gedeutet: wenn man ein solches Schwebeverhältniss annehme, so sei es schwer, die Frage auf's reine zu bringen u. s. w. Diese Deutung, welche mit der in der vorigen Anmerkung gerügten Ansicht in einem gewissen Zusammenhange steht, bei welcher aber Tryphonin's Zweifel eben so unverständlich wird, als die Entscheidung, welcher er zuneigt, findet sich schon in der glo. Secundum quod ad h. l.; ferner bei Ant. Faber l. c., Sintenis in der Note 154 zu der Stelle in der deutschen Uebersetzung des Corpus iuris, Mühl-

Nach dieser beiläufigen Zwischenbemerkung wendet sich der Jurist zu seiner, streng genommen noch gar nicht verlassenen, Hauptfrage nach der Freiheit des Sklaven wieder zurück.[8] In dem Falle, sagt er, den wir zuerst vorausgesetzt haben, da der Sohn bereits bei seinem Tode intestatus gewesen, das heisst ein Testament gar nicht hinterlassen, ist die Beantwortung dieser Frage ungleich leichter. Denn hier haben wir nicht die Schwierigkeit wegen des Eigenthums des Vaters an den castrensischen Sachen zu einer Zeit, da das castrense peculium als Erbschaft des Sohnes einem andern deferiert war. Deswegen geht es denn auch durchaus nicht an, wie manche thun (Marcellus, Scävola, Ulpian), unsern Fall einfach mit diesem andern Fall zusammenzuwerfen und unterschiedslos die allgemeine Regel aufzustellen:

---

berg p. 59. Richtiger ist die Darstellung des Majansius §. 35 (p. 285). Sodann hat man, und zwar diesmal völlig ausnahmslos, indem man die L. 55 §. 1 D. de legat. II. nicht beachtete, den Grund der Aeusserung Tryphonin's: „quum utique ad heredem filii pertineret" in nichts weiterm, als in der von ihm vorausgesetzten Capacität des Erben (nämlich des von dem Sohn ernannten Testamentserben) erblickt. Vgl. Ant. Faber l. c.; Majansius l. c.; Glück S. 115 Anm. 53; Mühlberg l. c. Allein was will dann das utique? und gesetzt dass Tryphonin auch dem Erben das Legat bloss wegen seiner persönlichen Capacität zuspräche, wie hätte er dann einen Augenblick zweifeln können, dass es dem Vater, falls er keine Capacität habe, abzusprechen sei? Wie vollends hätte er diese Frage als eine schwer zu erledigende hinstellen können?

8) Ich nenne diese Hauptfrage eine streng genommen von Tryphonin noch gar nicht verlassene. Denn in seinem Sinne ist der ganze Abschnitt von „Non tam facile" bis „pertineret" als eine einzige Satzperiode, und der Relativsatz: „secundum quod" rel. eben nur als eine beiläufige parenthetische Zwischenbemerkung anzusehen. Demgemäss knüpft denn auch der Satz: „Facilior tamen" rel. nicht, wie es auf den ersten Blick scheinen kann, an diesen parenthetischen Relativsatz, sondern an den Hauptsatz an, und das „facilior tamen" bezieht sich nicht auf das unmittelbar vorhergehende „difficile", sondern vielmehr auf das am Anfange der Periode stehende „non tam facile". Die richtige Erkenntniss dieser Verhältnisse ist freilich dadurch sehr verdunkelt, dass unsere Digestenausgaben sämmtlich vor „secundum quod", die Kriegel'sche sogar auch vor „quod absurdum est" statt eines Kommas einen Punkt setzen. (Die Ausgabe von Th. Mommsen ist zur Zeit, da dieses gedruckt wird, noch nicht bis zu dem 49. Buche vorgeschritten.)

so oft der Sohn keine Testamentserben habe und folglich das castrense peculium nach Peculienrechte an den Vater gelange, so oft müsse der letztere schon für die Lebenszeit des Sohnes als der Eigenthümer der castrensischen Sachen betrachtet werden. Diese Betrachtung ist vielmehr gerade bloss in dem Fall zu rechtfertigen, wenn der Sohn gar kein Testament gemacht hat. Wird dagegen sein Testament erst nach seinem Tode durch Destituierung ungültig, so sieht man sich durch die erwähnte Schwierigkeit genöthigt anzuerkennen, dass der Vater erst jetzt und von jetzt an das Eigenthum der castrensischen Sachen erworben habe, dass es ihm also nicht schon nach rückwärts und bis in die Lebzeiten des Sohnes zurück beigelegt werden könne. Folglich ist denn aber kein Grund vorhanden, der es erlaubte, auch in unserm Fall sich dafür auszusprechen, dass die Freiheit eintrete, die der Vater bei Lebzeiten des Sohnes ertheilt hat, das heisst also diesmal zu einer Zeit, da der Sklave gar nicht im Eigenthum des Vaters gestanden.[9]

Ich leugne jedoch nicht, fügt Tryphonin schliesslich hinzu, dass die entgegengesetzte Entscheidung, das heisst die Entscheidung, wonach die Freiheit eintreten soll, in den beiden Fällen, in demjenigen, da der Sohn erst nachträglich durch die

9) Die „species, in qua intestatus filius *decessisse* proponitur" auf den in dem §. 3 der Stelle erörterten Fall zurückzubeziehen, wird schon durch eine Vergleichung mit dem Wortlaute des §. 3 unumgänglich geboten. Auch sind von jeher und von sämmtlichen Auslegern ohne Ausnahme diese Worte nicht anders verstanden worden. Vgl. z. B. die glo. Non tam facile ad h. l.; Franc. Accursius im Casus zu der Stelle; Bartolus ad h. l. §. Pater; Ant. Faber l. c.; Oteyza nr. 31; Majansius §. 35 (p. 285); die deutsche Uebersetzung des Corpus iuris und Sintenis in der Note 154 daselbst; Mühlberg p. 59. Grössere Schwierigkeiten hat man in dem Satze: „non est ergo ratio respondendi" rel. gefunden, und Anton Faber ist sogar geneigt, diesen Satz und den folgenden: „Favorabilem tamen" rel. nur als abgeschmackte Zusätze Tribonian's oder irgend eines unverständigen Auslegers zu betrachten. Wie gewaltsam aber und wenig billigenswerth dieser Ausweg ist, so möchte er doch leicht noch den Vorzug verdienen vor der Erklärung des Majansius §. 35 (p. 285), welcher in dem Satze: „non est ergo" rel. folgenden Gedanken lesen will: „male dicere aliquos, filio etiam vivo, qui intestatus decessurus est, competere exinde libertatem; tum enim adhuc non est absolutus dominus".

Destituierung seines Testamentes zu einem intestatus geworden, nicht minder, als in dem andern, da er schon bei seinem Tode intestatus gewesen, der Begünstigung fähig (oder auch, was einen eben so guten Sinn giebt: die begünstigte oder bevorzugte) ist: eine Anspielung auf die Ansicht, welche, wie wir wissen, unter andern von Marcellus und Scävola, später auch von Ulpian vertreten wurde.[10]

Dieses ist ohne Zweifel der Sinn der Schlussbemerkung.[11] In dem Geiste Justinian's und der Verfasser seiner Digesten muss in ihr die eigentlich maassgebende Entscheidung erblickt werden. So kommt die Stelle in Einklang mit der L. 9 D. h. t.

---

10) Ueber die Bedeutung von favorabilis vergleiche man §. 20 Anm. 11 (S. 140).

11) Ueber keinen Theil der L. 19 §. 5 cit. gehen die Ansichten der Ausleger so sehr auseinander, als gerade über diese Schlussbemerkung. Zuvörderst ist streitig, auf was für Fälle der „uterque casus" zu beziehen. Die glo. Utroque casu ad h. l., wenn ich anders ihre Citate nicht missverstehe, ist geneigt, in der richtigen Weise an die beiden in den §§. 3 und 5 erörterten Fälle testamentarischer Freilassung zu denken, und ihr folgen die meisten spätern. Vgl. Franc. Accursius im Casus zu der Stelle, Oteyza nr. 33 (p. 589), Majansius §. 35 (p. 285), die deutsche Uebersetzung des Corpus iuris und Sintenis in der Note 154 daselbst, Mühlberg p. 59. Jedoch findet sich in der Glosse auch schon die Erwähnung einer andern Meinung, wonach man an den Fall der testamentarischen Freilassung und denjenigen des Legates zu denken hätte. Dieser Ansicht haben sich Pothier und Glück angeschlossen. Eine weitere, mit dieser ersten zusammenhängende Meinungsverschiedenheit betrifft die Bedeutung der „sententia contraria". Zwar sind alle einstimmig, dass darunter die in einem jeden der beiden Fälle für den Vater günstigere Entscheidung verstanden werden müsse, allein dieses gestaltet sich natürlich verschieden, je nachdem man die beiden Fälle versteht. Die meisten denken an die Entscheidung zu Gunsten der Freiheit ebensowohl in dem Fall, wenn das Testament des Haussohnes nachträglich durch Destitution hinfällig geworden, als in dem andern, wenn er überhaupt gar keines hinterlassen, und ich habe schon im Texte gesagt, dass ich dieser Erklärung zustimme. Pothier und Glück ihrerseits beziehen die sententia contraria auf die Entscheidung zu Gunsten sowohl der Freiheit, als des Legatenerwerbes. Ganz ungegründet ist aber jedenfalls die sehr gewöhnliche Annahme, dass die Bemerkung Tryphonin's: „*favorabilem* —— non negamus" mit dem favor *libertatis* in einem Zusammenhange stünde.

und mit der L. 33 pr. D. de A. R. D. 41, 1. (§. 40.) Und wenn man, wie es bei der Betrachtung von Stücken der Justinianischen Rechtsbücher als solchen immer geschehen muss (S. 197), nicht sowohl auf die angegebenen Entscheidungsgründe, als vielmehr nur auf die unmittelbar praktischen Ergebnisse sieht, so lässt sich mit diesen Stellen auch die L. 14 §. 1, 2 D. h. t. vereinigen. (§. 41.) Dieses genauer nachzuweisen, ist kein Bedürfniss, da seit der Nov. 118 die ganze in diesen Stellen behandelte Frage nicht mehr entstehen kann.

Schlussbetrachtungen.

§. 43.

Schon die Besprechung der L. 19 §. 3—5 D. h. t. hat nahe an eine Frage herangeführt, welche zum vollen Abschlusse der dogmatischen Erörterungen noch einer bestimmtern Beantwortung bedarf, auf die aber auch nicht früher, als hier, eine sichere Antwort gegeben werden konnte. Ich meine die Frage nach der theoretischen Construction des Verhältnisses bei dem castrense peculium. Wir haben gesehen, dass dieses Verhältniss aus den zwiespältigsten Elementen sich zusammensetzte, und es fragt sich: ist es den römischen Juristen gelungen, eine theoretische Auffassung zu finden, welche im Stande war, den Zwiespalt auszugleichen, die Gegensätze zu überwinden und zu versöhnen? Hiemit werden wir aber ganz natürlich und von selbst auch auf die von den modernen Schriftstellern gemachten Constructionsversuche hingelenkt, und es wird sogar am zweckmässigsten sein, von diesen letztern auszugehen. Einer jeden dieser Constructionen gegenüber haben wir dann ein doppeltes zu prüfen. Erstens: ist sie geeignet, sämmtliche das castrense peculium betreffende Rechtssätze vollständig und ausreichend zu erklären? Zweitens: entspricht sie auch der Auffassung der jüngsten klassischen Juristen?

Alle seit dem Mittelalter gemachten Constructionsversuche führen sich aber im Grunde und genau besehen auf nicht mehr als zweierlei Anschauungen zurück, und es ist interessant genug, dass wir darin im wesentlichen nur die nämlichen zwei ver-

schiedenen Betrachtungsweisen wiederfinden, welche wir bereits bei den römischen Juristen angetroffen. Indessen darf dieses gerade nicht besonders auffallen. Denn es hat seinen einfachen Erklärungsgrund in dem schon öfters hervorgehobenen Umstande, dass in die Justinianischen Rechtssammlungen neben einander Stellen aufgenommen sind, welche die einen auf dem Boden der einen, ältern, die andern dagegen auf demjenigen der andern, neuern, Anschauungsweise stehen.

Die Anhänger der einen Partei suchen sich das Verhältniss folgendermaassen zurecht zu legen. Wahrer und eigentlicher Eigenthümer des castrense peculium sei selbst während des Lebens des Sohnes nicht dieser, sondern allein der Vater. Nur habe der Sohn das Privileg, über das castrense peculium völlig wie ein paterfamilias zu verfügen. Durch dieses weitgehende Privileg werde einstweilen das Eigenthum des Vaters zu gänzlicher Ruhe und Wirkungslosigkeit herabgedrückt und an einer jeden praktischen Lebensäusserung gehindert. Ja noch mehr; der Sohn könne sogar vermöge seines Verfügungsrechtes dem Vater dieses Eigenthum ganz und gar entziehen. Sterbe er aber, ohne von diesem Verfügungsrechte Gebrauch gemacht zu haben, so müsse nun, weil die bisherigen Hindernisse weggefallen, das Eigenthum des Vaters von selbst und ohne weiteres wieder zum Vorschein und zur Wirksamkeit gelangen. Daher erkläre es sich, dass bei testamentlosem Tode des Sohnes das castrense peculium dem Vater zukomme, und zwar wie ein gewöhnliches Peculium, also nicht nach Erbschaftsrechte, sondern nach Peculienrechte, und dass jetzt auch manche schon bei Lebzeiten des Sohnes gemachte Verfügungen des Vaters über castrensische Sachen wirksam würden, obwohl sie zu denen gehörten, deren Gültigkeit nothwendig Eigenthum zur Zeit der Verfügung erfordere.

Diese Auffassung ist, wenn man von einzelnen verschiedenen Wendungen absieht, eine ziemlich weit verbreitete. Schon unter den Juristen des spätern Mittelalters war sie nicht ganz ohne alle Vertreter. Denn wenn z. B. Franciscus Aretinus ad L. Servum filii [46 al. 44] pr. de legat. I. (30) sagt: der Vater habe in Ansehung des castrense peculium das dominium directum, der Sohn das dominium utile, und wenn er auf den Einwand,

dass es doch in den Quellen heisse, erst nach dem Tode des Sohnes werde der Vater nach rückwärts als Eigenthümer angesehen, antwortet: „ista retrotractio fit non ad acquirendum dominium de novo, *quod nunquam fuit perditum*, sed ad faciendum, quod *efficaciter* censeatur fuisse a principio patris, sine ullo obstaculo": so spiegelt sich darin ganz unverkennbar die geschilderte Betrachtungsweise ab. Auch dem Jason wird von Retes cap. VI. §. 1 und 3 (p. 257) diese Ansicht zugeschrieben; nach der Art, wie sich jener zu der L. 46 (44) pr. cit. äussert, scheint er mir jedoch eher der andern Partei anzugehören, welche überhaupt während des ganzen Mittelalters die weitaus und unbedingt herrschende war.

Ungleich günstiger gestaltete sich die Lage der ersten Partei in dem 16. und 17. Jahrhundert. Namentlich unter den französischen und spanischen Juristen dieser Zeit gewann sie viele und einflussreiche Anhänger. Ich nenne aus eigener Kenntniss Hotman,[1] Cujacius[2] und Pinellus.[3] Eine grosse Zahl weiterer Namen: Johannes Chumazero, Caldas Pereira, Pichard,[4] Mendez de Castro, Balduinus, Amaya,[5]

1) Consil. XXI. nr. 4 (Lugd. 1599 p. 109): Quamvis autem iure constitutionum ob militiae privilegium filiusfamilias in castrensibus patrisfamilias vicem obtineat, tamen ius illud antiquum non omnino extinguitur, sed tanquam per militare privilegium sopitum et suspensum, eo privilegio per filii mortem sublato, vim suam recipit.

2) Vgl. Comment. in Digesta ad L. 2 de servitut., L. 44 pr. de legat. I., L. 1 §. 22 de collat., L. 6 de V. O.; Notae posterior. ad tit. I. per quas pers. 2, 9; Comment. in lib. I. Definit. Papin. ad L. 17 de cast. pec. An andern Orten scheint er freilich die Sache anders angesehen zu haben. S. z. B. Comm. in lib. XXVII. Quaest. Papin. ad L. 18 pr. de stip. serv., in lib. XXXV. Quaest. Papin. ad L. 15 de cast. pec. und in lib. XV. Quaest. Pauli ad L. 98 §. 3 de solut.

3) Var. resolution. lib. I. cap. V. nr. 67. Demungeachtet spricht doch auch Pinellus in nr. 65 von einer „*fictio* declarativa", vermöge welcher das castrense peculium nach rückwärts als Eigenthum des Vaters erscheine.

4) Retes citiert die lect. Salmant. ad tit. de legat. I. cap. 12. In dem Commentar zu dem §. Non solum 5 I. de legat. 2, 20 nr. 23 folgt dagegen Pichard, wie ich mich selbst überzeugt habe und wie auch Retes in dem §. 1 angiebt, der gegentheiligen Ansicht.

5) In den ult. addit. ad lib. X. Cod. pag. 1. Anders, nach der Angabe von Retes cap. VI. §. 1, in dem lib. II. Observat. cap. ult. nr. 8.

Thomas Sanchez, werden von Retes cap. VI. §. 5 (p. 257 sq.) angeführt. Pinellus (nr. 67) rechnet auch noch Clarus und Emanuel a Costa hierher, den letzten jedoch schwerlich mit Recht.[6] Und Anton Faber, den Retes ebenfalls in diese Reihe stellt, war mindestens nur ein sehr unsicherer und unzuverlässiger Parteigenosse. Denn wenn er auch an mehreren Stellen diese Art der Betrachtung zu theilen scheint, so spricht er sich doch an andern Orten wieder in ganz anderer Weise aus.[7]

Am entschiedensten und gründlichsten aber wurde diese Ansicht von Retes selbst in dem 6. Capitel seiner Abhandlung (p. 256 sqq.) verfochten. Ihm folgte später Majansius,[8] und unter den Juristen unserer Zeit sind nicht wenige der gleichen Ansicht zugethan.[9]

---

6) An der von Pinellus angeführten Stelle, nämlich in dem Comm. ad L. Qui duos [9] §. Cum in bello D. de rebus dubiis. Schol. in verb. Patris nr. 10, scheint mir nämlich Costa gerade die umgekehrte Ansicht zu vertreten.

7) Vgl. Iurispr. Papin. tit. XI. pr. VI. ill. 1 und besonders ill. 12 auf der einen, die nämliche ill. 12 und das princ., ferner Error. pragmat. dec. XLIII. err. V. nr. 6, 16 auf der andern Seite. Dagegen scheint auf diese Betrachtungsweise im Grunde auch die Meinung des Galvanus, De usufr. cap. VIII. nr. 18 hinauszulaufen, der sie freilich in die eigenthümliche Fassung einkleidet, der Vater habe an dem castrense peculium das Eigenthum „iure familiae", der Sohn das Eigenthum „iure proprietatis".

8) Vgl. Majansius §. 4 (p. 260), §. 34 in f. (p. 284), §. 36 (p. 286).

9) Ich erwähne folgende: Löhr in seinem und Grolmann's Magazin für Rechtswissenschaft IV. Heft 1 (1820) S. 101 Anm. 3, Car. Witte, De luctuosis hereditatibus disp. (Vratislav. 1824) p. 6, Marezoll, Ueber bürgerliche Ehre (1824) S. 55 fg. und in der Zeitschrift für Civilrecht und Process VIII. (1835) S. 77 a. E., 366, 433, XIII. (1839) S. 212, Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechts Bd. I. Abth. 2 (1826) §. 187 (S. 687), Glück, Commentar XXXIV. (1830) S. 103, Mühlenbruch ebendaselbst XXXV. (1832) S. 198. Ebenso in seinen Observationes iur. rom. (1818) p. 28 sq. und im Archiv für civilist. Praxis XVII. (1834) S. 341. Puchta, Pand. §. 433 und Vorlesungen dazu, C. O. Müller, Lehrb. der Institutionen (1858) S. 647, Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts Bd. II. Abth. 2 (1. Aufl. 1866) §. 516 Anm. 1.

Sie scheint sich in der That auf den ersten Anblick höchlich zu empfehlen. Für alle Schwierigkeiten scheint damit die beste und einfachste Lösung gefunden. Allein nur etwas näher zugesehen, und der Eindruck verändert sich. Man erkennt dann leicht, dass diese Art der Auffassung zwar einzelne Schwierigkeiten entfernt, aber nur um den Preis, dafür eine grössere Anzahl anderer Schwierigkeiten hereinzubringen.

Oder wie will man damit Sätze erklären, wie diese: dass der Sohn über castrensische Sachen unzweifelhaft jederlei Verfügungen gültig vornehmen kann, selbst solche, welche nothwendig durch Eigenthum bedingt sind, da doch ein Eigenthum zweier auf das ganze an einer und derselben Sache nicht möglich ist? dass castrensische Sklaven bei Lebzeiten des Sohnes dem Vater nichts zu erwerben vermögen, sogar wenn sie wollten und wenn vielleicht selbst der Erwerb aus den Mitteln des Vaters geschehen wäre? dass ihnen aber im Gegentheil selbst dem Vater gegenüber gültige Erwerbsgeschäfte, ja sogar Delicte mit den gewöhnlichen Rechtsfolgen möglich sind? dass der Sohn an einer castrensischen Sache, woran der Vater einen bisher ihm zustehenden Niessbrauch verliert, nunmehr das volle Eigenthum erhält, und dass überhaupt der Vater an einer solchen Sache (seiner eigenen!) einen Niessbrauch haben und verlieren kann? Es wird nicht nöthig sein, die Beispiele noch weiter zu häufen, und ich darf mich begnügen, auf dasjenige zu verweisen, was bei Gelegenheit der dogmatischen Darstellung über das Verhalten des castrense peculium unter den drei ersten der gemachten vier Voraussetzungen gesagt worden ist.

Zudem was heisst das: der Vater ist zwar Eigenthümer, sein Eigenthum entbehrt jedoch jeglicher Wirkungen, der Sohn ist nicht Eigenthümer, kann aber alle Verfügungen und zwar ganz mit demselben Erfolge machen, wie ein Eigenthümer? Wollen wir uns nicht in leeren Worten herumtreiben, so heisst es: der Vater hat gar kein Recht, und der Sohn ist Eigenthümer. Denn wo sich alle und jede Wirkungen des Eigenthums finden, muss nothwendig das Eigenthum selbst vorhanden sein. Mag immerhin das Eigenthum des Sohnes besondern Privilegien seinen Ursprung verdanken, so ist und bleibt es doch nichts desto

weniger Eigenthum, und daraus folgt ganz von selbst, dass dieses Eigenthum nicht gleichzeitig an den nämlichen Sachen auch dem Vater zustehen kann.

Indessen könnte man vielleicht erwidern, dass das Eigenthum des Vaters denn doch nicht gänzlich ohne Wirkung sei. Er könne ja manche Verfügungen machen, wozu nothwendig Eigenthum gehöre, und gesetzt dass ihm nach dem Tode des Sohnes das castrense peculium zukomme, so erlangten diese Verfügungen auch vollen praktischen Erfolg.[10] Die Regel aber, dass an einer und der nämlichen Sache nicht neben einander ein Eigenthum jedes von zweien auf das ganze vorkommen könne, dürfe nicht strenger genommen werden, als sie von den Römern selbst genommen worden sei. Das Verhältniss lasse sich ja recht gut nach der Analogie des quiritarischen und bonitarischen Eigenthums beurtheilen.

Wohl; versuchen wir es mit dieser Analogie! Dann müssten aber doch mindestens einige Arten von Verfügungen und Geschäften, wozu nothwendig quiritarisches Eigenthum erfordert wird, dem Sohne unzugänglich sein. So z. B. und namentlich die directe testamentarische Freilassung castrensischer Sklaven. Diese Art der Freilassung kann, wie wir aus Gai. II, 267 und aus Ulp. I, 23 wissen, mit Gültigkeit und Wirksamkeit nur allein von demjenigen geschehen, welcher sowohl zur Zeit der Testamentserrichtung, als auch wieder zur Zeit seines Todes das quiritarische Eigenthum an dem Sklaven hat. Ausserdem ist gerade sie eine von denjenigen Verfügungen, welche in Ansehung castrensischer Sklaven schon bei Lebzeiten des Sohnes der Vater vornehmen kann, und welche zur Wirkung gelangen, falls er nach dem Tode des Sohnes das castrense peculium erhält. Ein doppelter Grund, sie dem Sohne zu versagen. Und dennoch ist nach der L. 19 §. 3 D. h. t. gar nichts sicherer, als dass der Sohn auch

10) Cujacius und andere machen auch noch geltend, dass nach der L. 18 §. 3 D. h. t. jede für den Sohn nicht nachtheilige Einwirkung auf das castrense peculium dem Vater ganz unbedingt möglich und verstattet sei. Allein ich habe schon oben (S. 180 fg.) ausgeführt, dass dieses für das spätere klassische Recht nicht zugegeben werden kann.

zu solcherlei Freilassungen im Stande ist. Will man vielleicht einwenden, dass nach Ulp. XXII, 8 doch auch der directen testamentarischen Freilassung von Seite des bloss bonitarischen Eigenthümers eine Geltung und Wirkung zukomme? die Wirkung nämlich, dem Freigelassenen die Latinität zu verschaffen? Dann frage ich aber: wo haben wir die leiseste Spur, dass der von dem Sohne freigelassene castrensische Sklave nur Latinus werde? Und da Hadrian die ausdrückliche Verordnung erlassen, dass der Haussohn einen zu seinem castrense peculium gehörigen Sklaven freilassen könne, so hat eine solche Annahme schon von vornherein alle Wahrscheinlichkeit gegen sich. Endlich müsste, wer da wirklich glauben sollte, dass ein solcher Freigelassener nur Latinus geworden sei, nothwendig folgende Consequenz anerkennen. Gesetzt, sowohl der Sohn als der Vater hätten in ihren Testamenten einen und denselben castrensischen Sklaven für frei erklärt, und beide stürben ganz gleichzeitig in dem nämlichen Augenblicke. Die Freilassungen müssten dann beide für gültig und wirksam erklärt werden, und zwar müsste der Freigelassene aus den beiden zusammen das römische Bürgerrecht erlangen. Dieses alles folgt aus den bekannten Grundsätzen über die iteratio.[11] Wie wird aber der Fall von den römischen Juristen entschieden? Ausser allem Zweifel stehe es, sagt Tryphonin in der L. 19 §. 3 D. h. t., dass hier der Sklave nicht aus dem Testamente des Vaters, sondern nur allein aus demjenigen des Sohnes frei werde.

Ich werde hienach wohl nicht nöthig haben, noch weitere Rücksichten anzugeben, welche es verwehren, das Verhältniss des Vaters und des Sohnes zu dem castrense peculium nach der Analogie des quiritarischen und bonitarischen Eigenthums zu bemessen. Wenn wir also finden, dass gewisse nur dem Eigen-

11) Vgl. Gai. I, 167: si ancilla ex iure Quiritium tua sit, in bonis mea, a me quidem *solo*, *non etiam a te* manumissa, Latina fieri potest. Daraus ergiebt sich doch ganz unzweifelhaft, dass, wenn der bonitarische und der quiritarische Eigenthümer freilassen, eine jede der beiden Freilassungen wirkt, und dass beide zusammen den Freigelassenen zum römischen Bürger machen. S. auch fr. Vat. §. 221, Ulp. III, 1, 4. Vangerow, Ueber die Latini Iuniani §. 28 ff. (S. 147 ff.).

thümer mögliche Verfügungen, welche der Vater zu Lebzeiten des Sohnes über castrensische Sachen getroffen, für gültig und wirksam erachtet werden, falls das castrense peculium nach dem Tode des Sohnes an den Vater gelangt, so sind wir gezwungen, diese Erscheinung auf anderweite Gesichtspunkte zurückzuführen.

Es zeigt sich, dass die hier in Rede stehende Auffassung keineswegs zu leisten vermag, was sie doch billig zu leisten hätte. Anstatt die einzelnen das castrense peculium betreffenden Rechtssätze zu erklären, steht sie vielmehr mit einer grossen Zahl dieser Rechtssätze in unvereinbarem Widerspruche, um gar nicht nochmals von dem innern Widerspruche zu reden, welchen sie schon in sich selber trägt. Noch viel weniger lässt sich behaupten, dass sie mit der Anschauungsweise der jüngsten klassischen Juristen, des Papinian, Paulus, Ulpian zusammenstimme. Zwar pflegt man sich, um ihre Uebereinstimmung mit der Ansicht der römischen Juristen zu erweisen, auf die L. 18 D. h. t. zu berufen. Allein diese Stelle ist einer Schrift Mäcian's aus der Regierungszeit des Antoninus Pius entnommen und kann daher nichts beweisen für jene andern, fast ein halbes Jahrhundert spätern Juristen. Zudem wer muss nicht bei einiger Aufmerksamkeit erkennen, dass der Verfasser dieser Stelle auf einem ganz andern principiellen Standpunkte steht, als jene jüngern Schriftsteller? Während er sich sorgsam hütet, das castrense peculium und die castrensischen Sachen ein Eigenthum des Sohnes zu nennen, vielmehr eine ganze Reihe von Entscheidungen giebt, aus denen mit Nothwendigkeit zu schliessen, dass er das Eigenthum dem Vater zuschreibt, und während er zu allem Ueberflusse die Stellung des Vaters zu dem castrense peculium und den castrensischen Sachen mit dem Verhältnisse des interdicierten Verschwenders zu seinem Vermögen und des Ehemannes zu einem Dotalgrundstücke vergleicht: so ist bei den Juristen jener spätern Zeit die Bezeichnung des castrense peculium als eines Eigenthums und der dazu gehörigen Sachen als eigener Sachen des Haussohnes eine ganz überaus häufige und gewöhnliche. (§. 22.) Und noch mehr. Um gleichsam jeden möglichen Zweifel über seine Meinung zu verbannen, erklärt Papinian in der L. 15 §. 3 D. h. t. von einem castrensischen

Sklaven, dass er „*nullo iure*, quamdiu filius vivit, *patri subiectus est*". Ganz entsprechend ist die Aeusserung in einem Rescripte Alexander's, der L. 3 C. h. t. 12, 37, dass die Haussöhne ihr peculium castrense „*proprium habent, nec in eo ius ullum patris est*". Und das alles sind nicht etwa blosse bedeutungslose Redensarten, sondern es werden daraus, wie wir gesehen, die vielfältigsten und wichtigsten praktischen Folgen gezogen.

Es ist wahr, man führt neben der L. 18 D. h. t. auch wohl noch die L. 19 §. 3 D. h. t. in das Feld. Und dieser Stelle gegenüber ist der Einwand, dass sie einer ältern Zeit angehöre, nicht mehr zutreffend, da ihr Urheber Tryphonin ein Zeitgenosse des Papinian, Ulpian und Paulus war. Allein diese Stelle beweist auch gar nicht, was sie beweisen soll, sondern gerade das Gegentheil, wie ich schon früher in der Anm. 3 zu §. 42 zur Genüge dargethan.

Wollte man endlich noch Gewicht legen auf die stehenden Wendungen: dass bei testamentlosem Tode des Haussohnes das castrense peculium bei dem Vater bleibe (apud patrem *remanet* oder *residet*), dass es ihm nicht sowohl jetzt erst erworben, als vielmehr nicht entzogen werde u. dgl.: so mache ich auf die ausserordentliche Zähigkeit aufmerksam, mit welcher sich im wissenschaftlichen Sprachgebrauche eine einmal übliche Redeweise zu erhalten pflegt und namentlich bei den Römern zu erhalten pflegte. Man denke z. B., um nur an einiges sehr bekannte zu erinnern, an das Wort litis contestatio, dessen man sich fortwährend bediente, obwohl eine wechselseitige Aufrufung von Zeugen längst nicht mehr stattfand. Ferner an die Ausdrücke extraordinaria iudicia und extra ordinem ius dicere. Sie treten noch in Justinian's Institutionen auf, und doch wird in dem pr. I. de succ. subl. 3, 12 (13) ausdrücklich gesagt, dass die frühern ordinaria iudicia abgekommen seien, und in dem §. 8 I. de interd. 4, 15 heisst es sogar: „qualia sunt hodie *omnia* iudicia": ein innerer Widerspruch der gröbsten Art, falls man bloss auf die Wortbedeutung des Ausdruckes extraordinaria iudicia an und für sich und nicht auf seine Geschichte Rücksicht nehmen wollte. Nicht anders verhält es sich in unserm Fall. Jene Wendungen bildeten sich zu einer Zeit, als sie vollkommen zutreffend waren,

da wirklich das castrense peculium noch als ein Eigenthum des Vaters angesehen ward, welches ihm nur durch testamentarische Verfügung des Sohnes entzogen werden könne. Später änderte sich die Ansicht; das castrense peculium wurde jetzt als ein Eigenthum des Sohnes aufgefasst. Weil man aber für den Fall, dass diese Vermögensmasse nach dem Tode des Sohnes an den Vater kam, zu Gunsten des Vaters bei dem frühern, aus der Zeit jener ältern Auffassung stammenden Rechte stehen blieb, so behielt man für diesen Fall auch den einmal üblichen, mit diesem frühern Rechte zusammenhängenden Sprachgebrauch bei.

Ich glaube nicht, dass sich gegen diese Erklärung etwas erhebliches einwenden liesse. Allein im Hinblicke auf jenen Sprachgebrauch und auf manche andere Andeutungen der Quellen, insbesondere auf die Aeusserungen Tryphonin's in der L. 19 §. 3 D. h. t., will ich sogar der Auffassung, die ich hier bekämpfe, einen Schritt entgegen kommen. Ich will zugeben, dass selbst den spätesten klassischen Juristen ein einigermaassen verwandter Gedanke nicht fremd gewesen ist. Dieser Gedanke, zu dessen vollem Verständniss es freilich gehört, sich lebhaft in das römische Rechtsbewusstsein hinein zu versetzen und sich die damals noch keineswegs erloschenen Ideen zu vergegenwärtigen, welche seit uralter Zeit das Verhältniss des Gewalthabers zu seinen Gewaltuntergebenen beherrschten, — der Gedanke, sage ich, war folgender: Der Vater hat auf die zu dem castrense peculium seines Haussohnes gehörigen Vermögensstücke an und für sich eben so gut ein natürliches Recht, als auf alle andern Erwerbungen seiner Hauskinder. Insbesondere hat er als die vorzüglichste praktische Seite dieses Rechtes an sich einen natürlichen Anspruch darauf, dass ihm, falls er den Sohn überlebt, jenes Peculium, gleich jedem andern, als Theil seines Vermögens verbleibe. Dieses natürliche, aus den gemeinen Rechtsgrundsätzen fliessende Recht ist nun zwar durch die Privilegien, welche die Kaiser dem Sohne gegeben, verdrängt und verhindert, sich geltend zu machen („cessat“), allein es ist deswegen noch nicht gänzlich aufgehoben. Wie überhaupt hinter jedem Privileg das gemeine Recht stehen bleibt, welches durch jenes immer nur an der Lebensbethätigung gehindert, nicht aber völlig getödtet

werden kann, so bleibt auch hier hinter jenen Privilegien des Sohnes das gemeine Recht des Vaters stehen. Letzteres muss daher alsbald wieder zu Kraft und Geltung kommen, sobald das Privilegium des Sohnes aus irgend einem Grunde wegfällt, sei es, dass er es durch schlechtes Betragen verscherzt, sei es, dass er stirbt, ohne über das castrense peculium kraft seines Privilegs letztwillig zu verfügen; denn mit dem Tode des ersten Inhabers hört die castrensische Eigenschaft, damit aber zugleich jede rechtliche Auszeichnung dieses Peculiums auf, soweit sie nicht, wie z. B. die Delation als Erbschaft aus dem Testamente des Sohnes, eine nothwendige Nachwirkung und Folge der Privilegien ist, welche dem Sohne bei seinem Leben zugestanden.

Aus solchen Vordersätzen konnte es gerechtfertigt erscheinen, bei testamentlosem Tode des Haussohnes sein castrense peculium noch immer mit Ausschluss einer jeden Erbfolge dem Gewalthaber zuzusprechen, und zwar wie ein gewöhnliches Peculium nicht nach Erbschaftsrechte, sondern nach Peculienrechte, und demgemäss alle weitern Consequenzen zu bestimmen. Und sogar das liess sich zur Noth für theoretisch genugsam beschönigt erachten, dass man nunmehr manchen von dem Gewalthaber bereits zu Lebzeiten des Sohnes über castrensische Sachen gemachten Verfügungen Geltung und Wirkung zugestand, welche ebenfalls Geltung und Wirkung haben würden, wenn er sie über gewöhnliche Peculiensachen getroffen hätte, und dass man zu dem Ende dem Gewalthaber nach rückwärts und schon für die Lebenszeit des Sohnes das Eigenthum der castrensischen Sachen zuschrieb.[12]

Ferner ist einleuchtend, dass, wer auf diesem Standpunkte stand, es in der That als eine blosse Nichtentziehung betrachten musste, wenn der Sohn das castrense peculium nicht

12) Hiemit ist nun erst, wie ich glaube, der volle und genau zutreffende Sinn der in der L. 19 § 3 cit. von Tryphonin aufgeworfenen Frage gewonnen: numquid, quoad utatur iure concesso filius in castrensi peculio, eousque ius patris *cessaverit*; quodsi intestatus decesserit filius, postliminii cuiusdam similitudine pater antiquo iure habeat peculium, retroque videatur habuisse rerum dominia?

in Ausübung seiner Testierbefugniss einem andern, als seinem Gewalthaber, zuwendete; dass es in seinem Munde natürlich war zu sagen: in einem solchen Falle verbleibe das castrense peculium bei dem Gewalthaber.

Insofern und zur Eröffnung einer vollen Einsicht in alle diese Erscheinungen ist die Erkenntniss der geschilderten Art der Betrachtung von unverkennbarem Werthe. Aber auch nicht weiter. Namentlich wäre es eine Täuschung, darin schon eine eigentliche juristische Construction, einen theoretischen Aufbau des Verhältnisses selbst erblicken zu wollen. Denn z. B. gleich über die erste Hauptfrage, ob das Eigenthum des castrense peculium und der castrensischen Sachen dem Sohn, oder ob es seinem Gewalthaber zustehe, giebt sie noch nicht den allergeringsten Aufschluss. Sie handtiert überhaupt nicht, wie jener moderne Constructionsversuch, mit Rechten im sog. subjectiven Sinn, sondern bloss mit dem Rechte im objectiven Sinn, mit Rechtssätzen. Es dreht sich bei ihr nicht um den Gegensatz von Peculium und eigenem Vermögen des Haussohnes, von Eigenthum des Sohnes oder aber des Gewalthabers, sondern vielmehr nur um den Gegensatz der gemeinen und einer mit ihr streitenden singulären Rechtsregel. Das gemeine Recht, welches dem Gewalthaber zur Seite steht, kann in Ansehung des castrense peculium nicht zur Geltung kommen, so lange ihm das singuläre Recht, welches die Kaiser zu Gunsten der im Heer dienenden Haussöhne eingeführt, im Wege ist. Es äussert jedoch sofort wieder seine Kraft und Wirkung, sobald die Voraussetzungen dieses singulären Rechtes aufhören. So war die Anschauung der römischen Juristen. Mit dieser Anschauung war aber die Annahme, dass zu Lebzeiten des Sohnes ihm selbst und nicht seinem Gewalthaber das Eigenthum der castrensischen Sachen zustehe, eine sehr wohl verträgliche, und nichts kann denn auch, wie wir gesehen haben, weniger einem Zweifel unterliegen, als dass wirklich die spätern klassischen Juristen, Papinian, Ulpian, Paulus und selbst Tryphonin, dem Sohn und nicht dem Gewalthaber jenes Eigenthum zuschrieben. Man betrachtete es eben als den Inhalt jenes singulären Rechtes, dass, so lange seine Voraussetzungen bestünden, das castrense peculium als ein

eigenes Vermögen des Haussohnes gleich als eines Gewaltfreien angesehen und behandelt werden müsse.[13]

Wir werden dadurch von selbst zu der zweiten Art der Auffassung hinübergeleitet, welche im Mittelalter die ganz allgemeine und so gut wie einstimmig anerkannte war. Man trifft sie bereits bei Vivianus in dem Casus zu der L. Servum filii [46 al. 44] pr. D. de legat. I. (30), und man begegnet ihr wieder bei fast allen übrigen Schriftstellern des Mittelalters. Ich nenne aus eigener Wahrnehmung Bartolus ibid. in princ. et nr. 1, ferner ad L. 1 §. Si is qui [22] D. de collat. 37, 6 und ad L. Proponebatur [9] D. h. t. 49, 17, Angelus de Ubaldis ad L. Servum filii pr. cit., Raphael Cumanus ibid., Johannes de Imola ibid. nr. 1, Paulus de Castro ibid. nr. 1, Alexander Tartagnus ibid. nr. 1.[14] Auch Jason wird, wie schon gesagt (S. 322), wohl richtiger in diese, als in die andere Reihe zu stellen sein.

In der spätern Zeit hatte diese Auffassung sich zwar nicht mehr einer so ungetheilten Zustimmung zu erfreuen, sie scheint aber dennoch fortwährend die Oberhand behalten zu haben. Wenigstens kann Retes, wie sehr er bemüht ist, schon unter den Frühern Vertreter seiner eigenen entgegengesetzten Meinung aufzutreiben, gleichwohl nicht umhin, jene als die weitaus herrschende und gemeine zu bezeichnen, und in cap. VI. §. 3 (p. 257) erzählt er beiläufig, als er seine Meinung in öffentlicher Disputation verfochten, da habe man sie „ein unerhörtes Paradoxum“ genannt. Als Anhänger der gemeinen Meinung zählt er in cap. VI.

---

13) Man vergleiche diese Darstellung mit der ganzen Ausführung Tryphonin's in der L. 19 §. 3 D. 49, 17 (S. 309 fg.), und man wird, wie ich hoffe, ihre Richtigkeit vollkommen und in jeder Beziehung bestätigt finden.

14) Baldus ibid. lehrt zwar ebenfalls, dass der Vater bei Lebzeiten des Haussohnes kein Recht an dem castrense peculium habe und nur, falls der Sohn testamentlos vor dem Vater sterbe, nach rückwärts als Eigenthümer fingiert werde, weicht aber darin von den übrigen ab, dass er dieses fingierte Eigenthum erst von dem Tode des Sohnes an und nicht in die Lebenszeit desselben zurück rechnen will. Nach dem Berichte des Jason ibid. nr. 1 scheint diese Ansicht nur in Florianus einen weitern Anhänger gefunden zu haben.

§. 1 (p. 256 sq.) ausser verschiedenen oben schon erwähnten die folgenden auf: Wesenbeek, Bachov, Zoësius, Oswald Hilliger, Pichard, Valentia, Amaya, Antonius Goveanus. Ich will in der Anmerkung noch eine Anzahl gleichzeitiger und späterer hinzufügen.[15]

Sehr viel zweifelhafter ist es, ob diese Ansicht auch in der Gegenwart noch als die überwiegende hingestellt werden könne. Ich finde sie mit Sicherheit nur bei den in der Anmerkung genannten.[16] Demnach scheint die Wage gegenwärtig ziemlich gleich zu stehen.

Gemäss dieser Auffassung, der ich selbst früher in meiner Schrift über den Begriff der Rückziehung (1856) S. 10 ff. beigetreten, steht das castrense peculium gleich den einzelnen dazu gehörigen Sachen im Eigenthum des Sohnes. Wenn dieser aber testamentlos vor seinem Gewalthaber verstirbt, so wird es für ein gewöhnliches Peculium angesehen und demzufolge nach rückwärts und von Anfang an als Eigenthum des Gewalthabers betrachtet. Das letzte pflegt man seit dem Mittelalter meist auf eine Fiction zurückzuführen, eine Erklärung, mit welcher offensichtlich ganz und gar nichts gewonnen ist. Vielmehr könnte man, wie ich das bereits in der erwähnten Schrift entwickelt, um dem Verhältnisse einen scharfen und klaren wissenschaftlichen Ausdruck zu geben, von keiner andern als der folgenden Vorstellung aus-

---

15) Herm. Vultejus ad Inst. II, 9 per quas pers. nr. 10, Vinnius ad pr. I. quib. non est perm. 2, 12 nr. 4; Iust. Meier, Colleg. Argentor. XLIX, 17 §. 10; Lauterbach, Colleg. XLIX, 17 §. VI; Schilter, Praxis iur. Rom. Exerc. XLIV. §. 41, 43; Höpfner, Commentar §. 431; Hofacker, Princ. iur. civ. rom.-germ. §. 568.

16) Erb in Hugo's civilist. Magazin IV. (1813) S. 472 ff., Hasse im Archiv für civilist. Praxis V. (1822) S. 47, Hänsel, Bemerkungen und Excurse über das kgl. sächs. Civilrecht I. (1828) S. 382, 385, Fein, Das Recht der Collation (1842) S. 41, Heimbach in Weiske's Rechtslexikon VII. (1847) S. 870, Sintenis, Das pract. gem. Civilrecht III. (1. Aufl. 1851) §. 141 Anm. 56, Vangerow, Lehrb. der Pand. 7. Aufl. I. (1863) S. 556, Schirmer, Handbuch des röm. Erbrechtes I. (1863) S. 172, Kuntze, Cursus des röm. Rechts (1869) §. 938—941. Auch Brinz, Lehrbuch der Pandekten II. Abth. II. Hälfte 2. Lief. (1869) S. 1185 fg. scheint ein Anhänger dieser Ansicht zu sein.

gehen: So lange der Sohn lebt, ist es vorerst noch völlig unentschieden und in der Schwebe, ob das Eigenthum des castrense peculium und der einzelnen castrensischen Sachen ihm oder seinem Gewalthaber zustehe. Diese Frage erhält erst von der Zukunft ihre Entscheidung, und je nachdem diese fällt, das heisst je nachdem der Sohn mit oder ohne Testamentserben stirbt, ist nun nach rückwärts alles zu beurtheilen.

Stünde uns bloss die Wahl offen zwischen dieser und der vorhin besprochenen Art der juristischen Construction, so würde ich keinen Augenblick anstehen, ihr den Vorzug zu geben. Sie scheint nicht nur dem ganzen doppelschneidigen Wesen des castrense peculium bestens zu entsprechen, sondern man reicht auch mit ihr zur Erklärung der einzelnen dieses Institut betreffenden Rechtssätze und Entscheidungen ungleich weiter, als mit jener andern. Dass der Haussohn über das castrense peculium testieren kann, dass es, falls er darüber testiert hat, dem von ihm eingesetzten Erben als Erbschaft zukommt, dass er in seinem Testamente auch solche Verfügungen gültig zu treffen vermag, wozu bloss der Eigenthümer fähig ist, das alles und vieles sonstige noch, wofür uns die andere Construction ohne jede Erklärung lässt, macht mit dieser keinerlei Schwierigkeit. Und dennoch erklärt sich hinwiederum eben so leicht, dass bei testamentlosem Versterben des Haussohnes der Vater das castrense peculium gleich einem gewöhnlichen Peculium und nach Peculienrechte an sich nimmt, und dass er auf diesen Fall hin über castrensische Sachen schon zu Lebzeiten des Sohnes mit Gültigkeit und Wirksamkeit Verfügungen machen kann, wozu nothwendig Eigenthum gehört.

Dessenungeachtet erweist sich bei genauerer Prüfung auch diese Construction als nicht auslangend und haltbar. Das Bedenken zwar, welches Mühlberg in seiner Diss. de peculio castrensi non retrotrahendo p. 12 erhebt, dass eine solche Auffassung dazu führen müsste, bei testamentlosem Tode des Sohnes die meisten von ihm in Betreff des castrense peculium vorgenommenen Rechtsgeschäfte und Verfügungen für ungültig zu erklären, und die Besorgniss, welche er daraus in Rücksicht des Verkehres schöpft, ist leicht genug zu zerstreuen. Denn es versteht sich

doch ganz von selbst, dass auf alle Fälle, und sollte auch die Art des Ausschlages der künftigen Entscheidung das castrense peculium von Anfang an juristisch als Peculium, das heisst als Eigenthum des Vaters aufweisen, dieses Peculium für ein solches angesehen werden müsste, woran dem Sohne kraft kaiserlicher Verwilligung die unumschränkteste und von dem Vater völlig unabhängige Verwaltungsbefugniss zustünde. Was immer also von Rechtshandlungen und Verfügungen des Sohnes unter den Begriff der Verwaltung zu bringen wäre, das würde unter allen Umständen und ob nun der Sohn mit oder ohne Testament verstürbe, festen und sichern Rechtsbestand haben. Aber auch selbst die unbedingte Geltung von Schenkungen und Freilassungen liesse sich nicht bezweifeln. Denn auch die Befugniss zu solchen Rechtshandlungen kann ein Hauskind in Ansehung seines Peculiums erhalten; und in Betreff des castrense peculium ist sie dem Haussohn durch kaiserliche Verordnungen ausdrücklich zuerkannt. (§. 39.) Hiebei, dünkt mich, könnte und würde der Verkehr sich vollkommen beruhigen.

Auch damit kämen wir noch nicht in ein sonderliches Gedränge, dass Verfügungen des Vaters über castrensische Sachen, dergleichen eine sofortige Wirkung äussern, auf alle Fälle ungültig sind, und auch dann nicht rückwärts hin als gültig erscheinen, wenn der Vater den testamentlos gestorbenen Haussohn überlebt. Denn da wir für diesen Fall dem letztern Zeit seines Lebens mindestens die ganz selbständige freie Verwaltungs- und Verfügungsbefugniss in Betreff des castrense peculium zuzuschreiben hätten, so wäre die nothwendige Folge, dass wir sie dem Vater aberkennen müssten.

Allein wir reichen mit diesen Gesichtspunkten nicht überall und nicht in allen Stücken aus. Ich will hier noch gar nicht reden von dem Patronatrechte über die von dem Sohne freigelassenen castrensischen Sklaven, welches unter allen Umständen und für alle Fälle bloss dem Sohne zusteht und selbst nach testamentlosem Tode desselben nicht nachträglich dem Vater zugeschrieben werden darf. (S. 288 fg.) Denn man könnte dieses für einen Ausfluss der kaiserlichen Willkür erklären, der anerkannt werden müsse deshalb und bloss deshalb, weil es die kaiserliche Auctorität nun

einmal so vorgeschrieben. Allein man denke an viele andere unzweifelhafte Rechtssätze! Eine unbedingte Stipulation oder Mancipation, welche ein castrensischer Sklave bei Lebzeiten des Sohnes auf den Namen des Vaters vorgenommen, ist und bleibt ungültig, sollte auch der Sohn ohne Testament vor dem Vater versterben (S. 265 fg.), während sie jener Construction gemäss in diesem Falle nach rückwärts und von Anfang an als gültig erscheinen müsste. Aus Delicten castrensischer Sklaven wird dem Vater gegen den Sohn die gewöhnliche Noxalklage verstattet. Ferner wird aber sogar die Möglichkeit anerkannt, dass der Vater an einer castrensischen Sache ein furtum begehen, und dass er dann von dem Sohne mit der furti actio, noch dazu einer infamierenden Klage, belangt werden könne. (§. 25 unter b.) Gesetzt dass die römischen Juristen wirklich angenommen, es sei vorerst noch gänzlich unentschieden und in der Schwebe, ob das Eigenthum des castrense peculium und der castrensischen Sachen dem Sohn zustehe oder dem Vater: so hätten sie folgerecht entscheiden müssen, dass auch die Zulässigkeit jener Klagen vorläufig noch in der Schwebe sei, dass also diese Klagen, oder dass allermindestens infamierende Klagen einstweilen nicht angestellt werden könnten.[17] Vermag aber der Constructionsversuch, der hier in Frage steht, sich schon an diesen und dergleichen Sätzen nicht zu bewähren, so muss er vollends und unrettbar scheitern an dem Ausspruche der L. 20 D. h. t. 49, 17, dass der Vater auch dann nach rückwärts hin als der Eigenthümer der castrensischen Sachen zu betrachten sei, wenn ihm das castrense peculium aus dem Testamente des Sohnes als Erbschaft zukomme. Dieses ist so offenbar, dass jede besondere Ausführung müssig erscheinen müsste. Und auch das wird unschwer von selbst einleuchten, dass es völlig vergeblich

---

17) Vgl. L. 43 §. 10 D. de aedil. ed. 21, 1; L. 1 §. 1 D. de SC. Maced. 14, 6; L. 33 pr. D. de don. int. V, 24, 1. S. auch L. 12 §. 5 in fine D. de usufr. 7, 1; L. 8 D. de cond. c. d. 12, 4; L. 80, 83 D. de iure dot. 23, 3; L. 58 pr. in fine D. de solut. 46, 3; L. 6 §. 4 D. de tutel. 26, 1, und meine Abhandlung in Goldschmidt's Zeitschrift für Handelsrecht II. S. 257.

sein würde, für diesen Fehler etwa in einer veränderten Fassung der Regel eine Abhülfe suchen zu wollen.

§. 44.

Man sieht, dass keine der versuchten Constructionen im Stande ist, die Eigenthümlichkeiten des Verhältnisses ausreichend zu erklären. Von einer eigentlichen juristischen Construction im strengen Sinne, das heisst von der Zusammenfassung sämmtlicher das castrense peculium betreffender Rechtssätze unter einem einheitlichen juristischen Gesichtspunkte, so dass gar keine Singularitäten übrig blieben, kann aber überhaupt nicht die Rede sein. Um deswillen nicht, weil es eben vollkommen gegensätzliche und unvereinbare Grundelemente sind, aus denen sich die Theorie des Institutes zusammensetzt. Wir müssen uns vielmehr begnügen, wenn es gelingt, jene Sätze, wie sie von den spätern klassischen Juristen aufgestellt und angewandt wurden, auf einige einfache Regeln zurückzuführen, aus denen sie sich nach Bedürfniss in jedem Augenblicke wieder ableiten lassen.

In dieser Beschränkung gestellt, macht aber die Lösung der Aufgabe keine besondere Schwierigkeit. Denn aus den Ergebnissen der dogmatischen Darstellung erhellt von selbst, dass jenen Juristen bei der Behandlung des Verhältnisses als Richtschnur folgende Grundsätze dienten.

1) Besondere Verordnungen der Kaiser sind stets und unter allen Umständen maassgebend.

Daraus folgte z. B. die unbedingte Geltung aller letztwilliger Verfügungen des Haussohnes, sowie aller von ihm geschehener Schenkungen und von ihm vorgenommener Freilassungen castrensischer Sklaven. Ferner folgte daraus, dass als der Patron solcher Freigelassener immer nur der Sohn, und nicht der Vater erklärt werden konnte. Und dieses alles ohne Rücksicht darauf, ob der Sohn mit oder ohne Testament verstarb, und ob das castrense peculium nach seinem Tode an den Vater kam, oder nicht.

2) Der Inhalt des Privilegiums, welches dem Haussohn in Ansehung seines castrense pecu-

lium gewährt ist, besteht nach der neuern Rechtsentwickelung darin, dass dieses Vermögen auch im Rechtssinne als sein eigenes Vermögen zu betrachten ist, dem er ganz und gar wie ein paterfamilias gegenübersteht.

Dem gemäss war namentlich, so lange der Haussohn lebte und nicht durch schlechtes Betragen sein Privilegium verwirkt hatte, alles zu beurtheilen.

3) Wenn aber und soweit es den Interessen und Rechten des Sohnes oder darauf sich gründenden Rechten Dritter nicht widerspricht, wird zu Gunsten seines Gewalthabers immer noch das frühere Recht angewendet, wie es vor dieser neuern Entwickelung gegolten, und wonach das castrense peculium nur ein besonders ausgezeichnetes Peculium, mithin Eigenthum des Gewalthabers gewesen.

Die Voraussetzung war in folgenden Fällen vorhanden:

a) wenn der Haussohn sein Privilegium verwirkt hatte, weil er damit alle Rechte in Ansehung des castrense peculium verlor.

b) wenn er ohne gültiges Testament vor seinem Gewalthaber starb. Seine eigenen Rechte hatten mit seinem Tode aufgehört; er hatte aber kraft derselben auch nicht Rechte Dritter geschaffen, die man als Ausfluss jener hätte achten müssen.

c) wenn sein Gewalthaber selbst sein Testamentserbe wurde. Auch hier stand keine Rücksicht auf fremde Interessen und Rechte der Anwendung des günstigern frühern Rechtes im Wege.

Consequenzen aber waren, dass in den beiden ersten Fällen (a. und b.) das castrense peculium dem Gewalthaber als Peculium und nach Peculienrechte zukam, und dass in den sämmtlichen drei Fällen jeder juristische Effect, der in die Zeit nach dem Aufhören der privilegierten Stellung des Sohnes, in den beiden letzten Fällen (b. und c.) also in die Zeit nach seinem Tode fiel, nach Maassgabe jenes frühern Rechtes beurtheilt wurde.

Dieses sind die Regeln, deren Befolgung sich in den Entscheidungen des Ulpian und Paulus beobachten lässt. Wohl

möglich aber, dass andere Juristen sich an andere Regeln hielten, wie z. B. an die von Tryphonin in der L. 19 §. 3 D. h. t. 49, 17 aufgestellte, von der es mir nicht unwahrscheinlich ist, dass sie in ihrer Meinung sowohl, als in ihren Consequenzen mit den Regeln des Ulpian und Paulus nicht durchweg übereinstimmte. (§. 43 Anm. 11.) Ueberhaupt mag über diese Fragen, wie über so manche andere das Institut betreffende, unter den römischen Juristen viel Streit bestanden haben. Und auf das Dasein einer Streitfrage deutet auch die Ausdrucksweise des Paulus in der L. 20 D. h. t. 49, 17 (S. 140) hin.

Mit dieser Zusammenfassung der Gestaltung, welche das Institut zur Zeit der jüngsten klassischen Juristen aufweist, in eine Anzahl kurzer Regeln ist die Aufgabe der dogmatischen Darstellung erschöpft. Ich wende mich daher wieder dem geschichtlichen Gebiete zu, um nunmehr den weitern Entwickelungsgang des Institutes seit dem Ende der klassischen Zeit der römischen Rechtsbearbeitung zu verfolgen.

Dritter Abschnitt.

Die Entwickelung nach der Zeit des Severus Alexander.

---

§. 45.

Wenn man den raschen Fortschritt der Entwickelung unseres Institutes in den hundert Jahren von Hadrian bis Alexander erwägt, und wenn man den Zug dieser Entwickelung beachtet, der sehr entschieden dahin gieng, das castrense peculium aus einem blossen Peculium zu einem eigenen Vermögen des Haussohnes gleich als eines Gewaltfreien umzubilden, so möchte man vielleicht erwarten, drei Jahrhunderte später in den Rechtsbüchern Justinian's diese Entwickelung vollendet und die letzten Reste der ursprünglichen Peculiennatur des castrense peculium gänzlich abgestreift zu finden. Um desto eher, als der alte Gedanke, dass Hauskinder eines eigenen Vermögens nicht fähig seien, schon lange vor Justinian seine Kraft verloren, und Justinian bereits vor der Abfassung der Digesten und der Institutionen in der L. 6 C. de bon. quae lib. 6, 61 vom 30. October 529 die allgemeine und nur von wenigen Ausnahmen durchbrochene Regel aufgestellt hatte, dass jeder Erwerb eines Hauskindes ihm selbst als eigenes Vermögen gehören solle und nicht dem Gewalthaber, dem nur noch der Genuss und die Verwaltung vorbehalten blieb. Allein diese Erwartung wird nicht erfüllt. Im ganzen zeigt vielmehr das Institut in den Justinianischen Rechtsbüchern noch wesentlich die nämliche Gestalt, wie in den Schriften der jüngsten klassischen Juristen. Die Erklärungsgründe liegen nicht ferne. Theils war überhaupt seit dem Erlöschen der klassischen Rechtswissenschaft der Gang der Rechtsentwickelung ein ungleich langsamerer geworden, theils aber hatte das Institut in jener Gestaltung, wie unfertig sie der theoretischen Betrachtung erscheinen mag, in der That

schon einen gewissen Abschluss erhalten, bei welchem man es von dem praktischen Standpunkte füglich bewenden lassen konnte. Wo immer die Interessen und Rechte des Haussohns in Frage kamen, wurde ja das castrense peculium schon überall als sein eigenes Vermögen behandelt, dem er völlig wie ein paterfamilias gegenüberstand. Wenn man aber, wo die Interessen und Rechte des Haussohnes darunter nicht litten, zu Gunsten des Gewalthabers das frühere Recht anwandte, wonach das castrense peculium als ein Peculium erschien, so war das zwar theoretisch singulär und anomal genug, aber praktisch war es ganz angemessen und entsprach der billigen Rücksicht, die man dem Gewalthaber und seiner Stellung schuldig war. So bestand denn also zu einer Aenderung kein gegründetes Bedürfniss.

Dennoch sehen wir in den Justinianischen Rechtsbüchern wenigstens Einen weitern, wichtigen Schritt in der angegebenen Richtung gethan, dessen freilich in den Quellen nur eine sehr beiläufige Erwähnung geschieht. Wir lesen nämlich in dem princ. I. quib. non est perm. 2, 12 unter anderm folgendes:

> si vero intestati decesserint (sc. filiifamilias milites vel veterani), *nullis liberis vel fratribus superstitibus*, ad parentes eorum iure communi pertinebit.

Von Theophilus wird dieses so wiedergegeben:

> *εἰ δὲ ἀδιάθετοι τελευτήσωσι, μήτε παῖδας ἔχοντες, μήτε μὴν ἀδελφοὺς ὑπόντας, κοινῷ δικαίῳ, ὡς οἷον δήποτε παγανικὸν πεκούλιον, ἐπὶ τοὺς γονεῖς ἔρχεται.*

Das heisst also: wenn der Haussohn testamentlos verstirbt, so soll das castrense peculium nicht mehr ohne weiteres nach Peculienrecht an den Gewalthaber kommen; sondern es wird zuvörderst Kindern, in ihrer Ermangelung Geschwistern des Verstorbenen als Erbschaft (iure hereditatis) deferiert, und bloss dann fällt es nach Peculienrecht an den Gewalthaber, wenn keine Kinder oder Geschwister vorhanden sind, oder aber, wie wir unbedenklich hinzufügen dürfen, wenn die vorhandenen ausschlagen.[1]

---

1) Beiläufig sei hier daran zurückerinnert, dass abgesehen von castrensischen Sklaven, die er mit der Freiheit zu Erben ernannt hat,

Dieses ist bei unbefangener Betrachtung das unzweifelhafte Ergebniss der Stelle. Gleichwohl fehlt viel, dass es allgemein anerkannt wäre. Eine ziemliche Zahl von Schriftstellern aus älterer und neuerer Zeit bezieht die Worte „iure communi“ in dem princ. I. cit. nicht auf das ius peculii, sondern auf das durch kaiserliche Constitutionen, nämlich durch die L. 3, 4 C. de bonis quae lib. 6, 61 und durch die L. 11 C. comm. de success. 6, 59 angeblich eingeführte *novum* ius commune, das heisst auf das Intestaterbrecht. Allein diese Auslegung scheitert nicht nur an der unzweideutigen Darstellung des Theophilus, dem wir hier doch sicherlich unbedingt und unbedenklich trauen müssen, sondern auch an der Thatsache der Aufnahme so vieler Stellen des Inhaltes, und zum Theil bloss des Inhaltes, dass das castrense peculium bei testamentlosem Tode des Haussohns nicht nach Erbschaftsrechte, sondern nach Peculienrechte an den Gewalthaber komme, in die Digesten und den Codex.[2] Zudem darf es gegenwärtig für feststehend gelten, dass nach dem Rechte des Codex auch die Adventicien, wenn sie in Ermangelung von Kindern oder Geschwistern des verstorbenen Hauskindes seinem Gewalthaber zufielen, von diesem nicht nach Erbschaftsrechte, sondern vielmehr nach Peculienrecht erworben wurden.[3] Also genau dasselbe Verhältniss, wie es sich laut des princ. I. cit.

---

der Haussohn necessarii heredes nicht haben kann, weil die Gewalt über seine Kinder nicht ihm, sondern seinem Gewalthaber zusteht. Vgl. L. 90 §. 1 D. de acq. her. 29, 2 und oben §. 34 (S. 246 fg.).

2) Man vergleiche namentlich die beiden ersten Stellen in dem Digestentitel de castrensi peculio, welche gar keine andere Bestimmung haben, als diejenige, diesen Grundsatz recht bestimmt und unzweideutig auszusprechen. Die Aufnahme dieser Stellen aus einem blossen Versehen zu erklären, ist eben so unmöglich, als die Vermuthung, dass sie von den Verfassern der Institutionen übersehen sein könnten.

3) Man vergleiche Nov. Theod. (ed. Haenel) tit. XIV. §. 8, L. 3, 4 C. de bon. quae lib. 6, 61, L. 18 pr., §. 1 C. de iure delib. 6, 30, ganz besonders aber den auffallender Weise in Rücksicht dieser Frage, so viel ich sehe, noch nicht benutzten §. 2 I. de acquis. per arrog. 3, 10 (11). S. auch Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. §. 190 (1. S. 697), Arndts in Weiske's Rechtslexikon V. S 678, Köppen, System des heut. röm. Erbrechts S. 18 fg., Schirmer, Handb. des röm. Erbrechtes I. S. 177 ff.

und der Erklärung des Theophilus für das castrense peculium herausstellt. Die richtige Ansicht ist denn auch von jeher wenigstens die herrschende und von der überwiegenden Mehrheit der Schriftsteller angenommene gewesen.[4]

---

4) Sie findet sich schon in der Glosse (glo. Iure communi ad pr. I. cit.). Ferner unter andern bei Viglius ad pr. I. cit. verb. „iure communi", Cujacius ad pr. I. cit. und Comm. in lib. I. Defin. Papin. ad L. 17 D. de cast. pec., Donellus, Comm. de iure civ. lib. VI. cap. 5, Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. I. §. 187 a. E. (S. 689), Schrader ad princ. I. cit., Vangerow, Lehrb. der Pand. II. §. 409 IV. Nr. 2 (7. Aufl. S. 36), Schirmer, Handbuch des röm. Erbrechtes I. S. 184 Anm. 147. Die gegentheilige Ansicht hat in der allerneuesten Zeit wieder einen Vertreter erhalten in Brinz, Lehrb. der Pand. II. Abth. II. Hälfte 2. Lief. (1869) S. 1186 fg. Aus älterer Zeit sind als Anhänger derselben zu nennen z. B. Bened. Pinellus, Variae resolut. lib. I. cap. V. nr. 57 in f. (p. 101), Vinnius ad pr. I. cit. nr. 4 und ad §. 8 I. de legit. agn. succ. 3, 2 nr. 2, Retes cap. IX. §. 9 (p. 271), Rau, Hist. iur. civ. de pecul. §. VII. in f. (p. 25), Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilrechts 5. Aufl. III. §. 438 not. i. und n. Retes unterscheidet sich aber von Vinnius in der Art der Begründung. Er beruft sich nämlich nicht auf die S. 342 genannten, von Vinnius angezogenen Codexstellen, sondern — auf die zehn Jahre nach der Verkündung der Institutionen erlassene Nov. 118! Sie sei freilich jünger, als die Institutionen, aber Tribonian habe doch schon ihre Erlassung im Sinne gehabt und daher in dem princ. I. cit. gleich zum voraus auf sie Rücksicht genommen. Schliesslich muss auch noch der eigenthümlichen Ansicht Erwähnung geschehen, welche Löhr im Archiv für civilist. Praxis X. S. 161 ff. und in seinem Magazin IV. S. 542 aufgestellt hat, und welcher auch Unterholzner in der Tübinger krit. Zeitschr. f. Rechtswissenschaft V. S. 210 beigetreten ist. Danach wäre zu unterscheiden, ob die castrensischen Vermögensstücke von dem Gewalthaber her, oder anders woher erworben wären. Ersten Falls müssten sie bei testamentlosem Tode des Haussohnes, selbst bei dem Dasein von Kindern oder Geschwistern desselben, allemal iure peculii an den Gewalthaber kommen, in dem zweiten Fall dagegen wären sie in Betreff der Erbfolge gleich den Adventicien zu behandeln. Zu welchen praktischen Schwierigkeiten man mit einem solchen Verfahren gelangen müsste, braucht keiner besondern Hervorhebung. In der That aber ist eine Scheidung, wie sie Löhr haben will, den Quellen völlig fremd, und sie scheint mir selbst nicht einmal das ihr von Vangerow, Lehrb. der Pand. II. §. 409 IV. Nr. 2 (7. Aufl. S. 36) gespendete Lob der Consequenz zu verdienen. Nach meinem Dafürhalten wäre es vielmehr inconsequent gewesen, ein Stück des castrense peculium anders zu behandeln, als das andere. S. gegen Löhr

Nun entsteht aber die weitere Frage nach dem Ursprunge der Neuerung. Manche wollen erst Justinian als ihren Urheber betrachten. Und zwar soll sie gerade durch die besprochene Institutionenstelle mittels Einschiebung der Worte: „nullis liberis vel fratribus superstitibus“ eingeführt worden sein.[5] Allein gegen diese Annahme streiten mancherlei gewichtige Gründe.

Vor allen Dingen ist schwer zu glauben, dass Justinian eine so erhebliche Neuerung nur so ganz nebenbei und gleichsam versteckt sollte vorgenommen haben; dass er diesmal so ganz und gar gegen seine Gewohnheit sollte unterlassen haben, auch nur mit einem Worte auf die neue der Welt erwiesene Wohlthat aufmerksam zu machen.

Dazu kommt aber ferner folgender Umstand. In der L. 6 C. de bon. quae lib. 6, 61 vom 30. October 529 erweiterte Justinian das Recht der Adventicien auf alles, was Hauskinder von aussen her, das heisst nicht von ihrem Gewalthaber und aus seinem Vermögen erwerben. Dabei wurden (in dem §. 1 der Stelle) alle diese Erwerbungen ausdrücklich auch dem nämlichen Erbrechte unterworfen, welches bisher schon in Beziehung auf die bona materna und die lucra nuptialia bestanden hatte, und wonach die Kinder und Geschwister des Verstorbenen seinem Gewalthaber vorgehen sollten.[6] Nicht minder ausdrücklich erklärt aber der Kaiser unmittelbar vorher (an dem Schlusse des princ.), dass er in Ansehung des castrense und quasi castrense peculium gar nichts ändere, sondern das bisherige Recht völlig unberührt lasse.[7] Setzen wir, nach dem Rechte, wie Justinian es vorfand,

---

auch Vangerow a. a. O., Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Commentar XXXV. S. 193 Anm. 31, Schirmer, Handb. des röm. Erbrechtes I. S. 183 Anm. 146.

5) Hierhin gehören z. B. Bened. Pinellus, Variae resolut. lib. I. cap. V. nr. 54 (p. 100), Vangerow, Lehrb. der Pand. II. §. 409 IV. Nr. 2 (7. Aufl. S. 36 fg.), Schirmer, Handb. des röm. Erbrechtes I. S. 183 fg., bes. Anm. 146. Vgl. auch Brinz, Lehrb. der Pand. II. S. 1187.

6) Vgl. L. 3, 4 C. eod., L. 11 C. comm. de succ. 6, 59; Vangerow a. a. O. IV. Nr. 1 (S. 35 fg.), Schirmer a. a. O. S. 182.

7) „Exceptis castrensibus peculiis, quorum nec usumfructum patrem vel avum vel proavum habere veteres leges concedunt; *in his enim nihil*

wäre bei testamentlosem Ableben des Haussohnes das castrense peculium noch immer unbedingt und mit Ausschluss aller sonstiger Personen dem Gewalthaber zugekommen: so müsste diese Erklärung höchst auffallend erscheinen. Denn an den Adventicien hatte der Gewalthaber bei Lebzeiten des Hauskindes bei weitem mehr Rechte, als an dem castrense peculium. Wäre es also nicht seltsam und widersinnig gewesen, wenn sich nach dem Tode des Kindes das Verhältniss geradezu umgekehrt hätte, und nunmehr der Gewalthaber auf die Adventicien einen schwächern und entferntern Anspruch gehabt hätte, als auf das castrense peculium? Und hätte sich Justinian nicht dringend aufgefordert

---

innovamus, sed vetera iura intacta servamus. Eodem observando et in his peculiis, quae quasi castrensia peculia ad instar castrensis peculii accesserunt". „Veteres leges" und „vetera iura" hat hier so, wie „vetus ius" ganz am Anfange der L. 6 C. cit., wie „veteres leges" in der L. 37 §. 1 C. de inoff. test. 3, 28 und wie „prisca iura" in der L. 17 C. de fide instrum. 4, 21, beide gleichfalls von Justinian, keine andere Bedeutung, als diejenige, in der wir auch im Deutschen nicht selten von dem „alten Rechte" oder den „alten Gesetzen" reden, nämlich diejenige des bisherigen, bereits bestehenden Rechtes. Viele wollen übrigens die Aeusserung Justinian's nur auf das Nutzniessungsrecht beziehen. Der Kaiser erkläre: an dem castrense peculium solle dem Vater nach wie vor kein Niessbrauch zustehen, und in dieser Hinsicht solle also das alte Recht ganz ungeändert bleiben. So z. B. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Commentar XXXV. S. 193 Anm. 31, Vangerow a. a. O. IV. Nr. 2 (S. 37), Schirmer a. a. O. S. 183 Anm. 146. Allein dem Wortlaute der Stelle gegenüber muss ich dieses für eine nicht gerechtfertigte Einschränkung halten. Der Kaiser sagt zuerst: von der Regel, dass der Vater an jedem Erwerbe seiner Hauskinder den Niessbrauch erlange, sei das castrense peculium auszunehmen, an dem die veteres leges dem Gewalthaber nicht einmal den Niessbrauch zugestünden; denn, so fährt er nun ganz allgemein fort, in Ansehung des castrense peculium mache ich überhaupt keine Neuerung, sondern lasse das alte Recht unangetastet fortbestehen. Völlig ausser Zweifel gesetzt wird die Richtigkeit dieser Auslegung durch die Heranziehung der entsprechenden Bemerkung in dem §. 3 der Stelle: „exceptis et in hoc casu castrensibus et quasi castrensibus tantummodo peculiis, *quibus nihil nec ex hac causa diminuitur*". Dass zu dem Behufe einer Vereinigung der Codexstelle mit dem pr. I. quib. non est perm. 2, 12 jene einschränkende Auslegung keineswegs erforderlich ist, wird sich alsbald ergeben.

fühlen müssen, dieses verkehrte Verhältniss bei erster Gelegenheit zu ändern und zwischen dem castrense peculium und den Adventicien zum mindesten eine Gleichheit der Behandlung herzustellen? Nehmen wir dagegen an, schon nach dem bisherigen Rechtszustande hätten in Ansehung des castrense peculium die Kinder und Geschwister des verstorbenen Haussohnes vor seinem Gewalthaber einen Vorzug gehabt, so wird nun alles klar, und es begreift sich vortrefflich, weshalb Justinian in Rücksicht des castrense peculium ganz und gar keine Aenderung für nothwendig fand.

Einen für mich völlig entscheidenden Beweis für die Richtigkeit dieser Annahme liefert aber endlich die L. 34 C. de episc. 1, 3. Die Kaiser Leo und Anthemius verleihen darin, wie es ausdrücklich von Justinian in der L. 50 C. eod. angegeben wird, manchen Haussöhnen geistlichen Standes ein quasi castrense peculium. Allein dieses wird nicht etwa mit diesen Worten in dem Gesetze ausgesprochen. Der Ausdruck quasi castrense peculium kommt darin eben so wenig vor, als selbst nur der Ausdruck castrense peculium. Sondern die Kaiser verfahren in der Weise, dass sie die Begünstigungen, deren jene Geistliche in Ansehung ihrer Erwerbungen geniessen sollen, einzeln aufzählen. Nun fehlt jeder Anlass zu der Vermuthung, dass diese Erwerbungen etwa noch mehr, als das castrense peculium, hätten begünstigt werden sollen; im Gegentheil deutet Justinian's Bericht in der L. 50 C. cit. sehr bestimmt auf die Absicht einer völligen Gleichstellung. Unter diesen Umständen muss die Aufzählung in der L. 34 C. cit. als ein einfaches Verzeichniss der Vortheile erscheinen, welche damals mit dem castrense peculium verbunden waren. Welche Vortheile sind es aber, die in dem Gesetze genannt werden? Es sind sämmtlich solche, die wir bereits früher als Vorzüge des castrense peculium kennen gelernt haben; mit einer einzigen Ausnahme. Sie besteht in der Erwähnung, dass bei dem Tode des Geistlichen sein Erwerb nicht seinem Gewalthaber, sondern vielmehr seinen Kindern zukommen solle, dass letztere also dem Gewalthaber vorgehen sollten (verb.: „nec a patribus, avis aut proavis, *sed ab ipsorum liberis* tamquam praecipua vindicentur“).

Viele glauben nun freilich, dieser Vorzug der Kinder vor dem Gewalthaber sei gerade erst durch diese Bestimmung der L. 34 C. cit. zu Gunsten der Geistlichen neu eingeführt worden.[8] Allein, abgesehen von den bereits entwickelten Gründen, lehnt sich gegen diese Meinung schon die Wortfassung des Gesetzes auf. Denn von jenem Vorzuge der Kinder ist nur ganz beiläufig neben und zwischen anderm die Rede, ohne irgend welche besondere Hervorhebung und in einer Weise, dass jeder unbefangene Leser annehmen muss, es solle auch hiemit nur etwas erwähnt werden, was, wie alle übrigen aufgezählten Vortheile, sich schon von selbst aus der Gleichstellung mit dem castrense peculium ergebe. So hätte ein Gesetzgeber, der, wie die römischen Kaiser der damaligen Zeit, mit den Worten nicht geizte, gewiss nicht geschrieben, gesetzt dass er wirklich etwas ganz neues hätte einführen wollen.[9]

---

8) So z. B. Löhr, Uebersicht der Constitutionen von Theodos II. bis auf Justinian (1811) S. 70 und in seinem Magazin IV. S. 105; Glück, Lehre von der Intestaterbfolge 2. Aufl. S. 281; Wening-Ingenheim Lehrb. des gem. Civilr. 5. Aufl. III. §. 438 (S. 205); Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. I. §. 188 geg. E. (S. 691); Vangerow, Lehrb. der Pand. II. §. 409 IV. Nr. 2 a. E. (7. Aufl. S. 37); Schirmer, Handb. des, röm. Erbr. I. S. 180, bes. Anm. 143.

9) Um dieses noch besser zu belegen und anschaulicher zu machen, will ich den vollen Wortlaut der Stelle hier mittheilen. Sie lautet so:

Sacrosanctae orthodoxae fidei episcopi atque presbyteri, diaconi quoque, qui semel probatis moribus integritate castissima ad hunc gradum meruerint pervenire, ea quaecunque in eodem clericatus gradu locoque viventes acquirere et habere potuerint, etiamsi in patris avique aut proavi potestate constituti sint et adhuc superstites habeantur, tamquam bona propria vindicent, de his, si quando eis libitum fuerit, testandi vel donandi vel quolibet alio titulo alienandi libera facultate concessa, ut ea bona quoquo tempore nunquam fratribus vel sororibus aut ex his genitis conferantur, sed ad eorum filios, posteros et quoscunque extraneos heredes perveniant, nec a patribus, avis aut proavis, sed ab ipsorum liberis tamquam praecipua vindicentur, et certe his lucro cedant, quibus ipsi id peculium vel inter vivos alienatione habita, vel mortis tempore ultima et iure cognita voluntate concesserint.

Der (in der Herrmann'schen Ausgabe durch eine unrichtige Interpunction etwas verdeckte) Gedankengang ist dieser. Zuvörderst wird in den Worten „tamquam bona propria vindicent, de his — — concessa“

Dem allem zufolge dürfen wir mit Sicherheit annehmen, dass bereits zu Leo's Zeit der Gewalthaber nicht den nächsten Anspruch auf das castrense peculium seines testamentlos verstorbenen Haussohnes hatte, sondern dass er damals schon zwar noch nicht durch die Geschwister, aber wohl durch die Kinder des Verstorbenen ausgeschlossen ward.

Ziehen wir nun noch die Nov. Theod. tit. XIV. §. 8 (= L. 3 C. de bon. quae lib. 6, 61) und die L. 4 C. eod. 6, 61 herbei, so dürfen wir nicht zweifeln, dass dieser Vorzug der Kinder und Geschwister seine Entstehung einer Rückwirkung des Rechtes der Adventicien auf das castrense peculium verdankt, nachdem jene Art von Vermögen der Hauskinder zuerst selbst im Gefolge und unter dem Einflusse des castrense peculium sich gebildet hatte. Es wird hier der passendste Ort sein, etwas über diesen geschichtlichen Zusammenhang der beiden Institute zu sagen.

§. 46.

Ich habe schon früher darauf aufmerksam gemacht, dass man als das ungleich werthvollste der mit dem castrense peculium verbundenen Ausnahmsrechte des Haussohnes ziemlich bald nicht mehr die Testierbefugniss betrachtete, welche ja nicht sowohl ihm selbst, als andern zu statten kam, sondern vielmehr das Recht, bei dem Tode des Vaters diesen castrensischen Erwerb als eigenes Vermögen zu behalten, und zwar als ein praecipuum ohne Collationspflicht gegenüber seinen Geschwistern. (§. 27.) Einmal an diese Art der Betrachtung gewöhnt, konnte man aber leicht zu der Ansicht gelangen, dass eine in diesem Stücke gleiche Behandlung auch bei manchen andern Erwerbungen von Hauskindern billig und angemessen sei. Namentlich konnte diese Ansicht in Beziehung auf dasjenige entstehen, was ein Kind von

---

die Gleichsetzung mit dem castrense peculium im allgemeinen ausgesprochen, und in den mit ut beginnenden Sätzen wird sodann eine Reihe einzelner Folgen aufgezählt, welche aus dieser Gleichsetzung fliessen. In der Reihe dieser blossen selbstverständlichen Folgen figuriert nun auch ganz einfach der Vorzug der Kinder des verstorbenen Haussohnes vor seinem Gewalthaber.

seiner verstorbenen Mutter geerbt hatte. Denn es musste gewiss unbillig erscheinen, dass solches Muttergut bei des Gewalthabers Tod in seine Erbschaft fiel und daher auch den Kindern zweiter Ehe oder möglicher Weise selbst ganz fremden Personen mit zu gute kam. Nur lag freilich der Erfüllung dieser Anforderung der Billigkeit ein theoretisches Bedenken im Wege. Denn stand jener wichtige Vorzug der castrensischen Erwerbungen vor den andern nicht mit dem gesammten übrigen Rechte des castrense peculium in einem so engen und unlösbaren Zusammenhange, dass man, um ihn auf andere Erwerbungen zu übertragen, zugleich das gesammte Recht des castrense peculium auf sie hätte mit übertragen müssen? Und so weit wollte und durfte man doch *nicht* gehen. Denn zu jenem Behufe auch dem Gewalthaber bei seinen Lebzeiten Genuss und Verwaltung solcher Erwerbungen seiner Kinder nehmen und diesen das Recht geben, sie durch letztwillige Verfügungen dem überlebenden Gewalthaber zu entziehen: das hätte geheissen, eine Billigkeit nur um den Preis einer viel grössern und ganz überwiegenden Unbilligkeit erkaufen.

Sehr möglich und wahrscheinlich, dass es gerade diese Rücksichten waren, welche bis auf Constantin jeden Fortschritt in Ansehung der vermögensrechtlichen Verhältnisse der Hauskinder hemmten. Erst Constantin, welchen theoretische Bedenklichkeiten auch sonst nicht allzuviel kümmerten, liess sich dadurch nicht abhalten, was er für billig und recht erkannte, zu gesetzlicher Geltung zu bringen. Durch ein Gesetz vom J. 319, welches als L. 1 de matern. bon. 8, 18 in dem Codex Theodosianus steht, verordnete er nämlich folgendes: In Rücksicht des von der Mutter ererbten Vermögens seiner Hauskinder solle dem Vater zwar Gewalt und Nutzungsrecht (potestas et ius fruendi) verbleiben, die Befugniss dagegen, die Kinder dieses Vermögens zu berauben, solle ihm entzogen sein. Diese Güter sollten zwar nach wie vor dem Gewalthaber erworben werden und in sein Eigenthum kommen (sint in parentum potestate atque *dominio*); allein dadurch solle er bloss noch die Befugniss der Nutzung erlangen, während die Befugniss zur Veräusserung ihm hiemit genommen werde. Denn das Muttergut, welches Hauskindern während der Dauer der väterlichen Gewalt zugekommen sei, sollten sie (gleich dem

castrense peculium, schalte ich ein) bei dem Tode des Vaters als praecipuum und frei von jedem Mitanspruche irgend eines andern haben (praecipuum habere eos et sine cuiusquam consortio placuit).

Diese schlichte Inhaltsangabe des Gesetzes zeugt wohl am allerbesten für die Richtigkeit des oben angedeuteten Gedankenganges und geschichtlichen Zusammenhanges mit dem castrense peculium.

Die Art, wie Constantin die Verhältnisse in Betreff des Muttergutes geordnet, erschien aber so billig und sachgemäss, dass die nämlichen Grundsätze durch Gesetze von Gratian, Valentinian und Theodosius (L. 6 Th. C. eod. 8, 18 v. J. 379) und von Arcadius und Honorius (L. 7 Th. C. eod. v. J. 395) auch auf die sog. bona materni generis erstreckt wurden, das heisst auf alles dasjenige, was ein Hauskind von irgend einem mütterlichen Ascendenten unentgeltlich, sei es durch Erbschaft, sei es durch Vermächtniss oder Schenkung, erwarb.

Von dem theoretischen Standpunkte musste freilich diese Art der Behandlung Anfangs als eine höchst singuläre erscheinen. Allein, wie für alles, was wirklich besteht, so fand sich auch dafür allmählich eine passende theoretische Formel. Und zwar in der Auffassung der bona materna und materni generis als eines Vermögens, woran dem Kinde das Eigenthum, dem Gewalthaber bloss die Nutzniessung und Verwaltung zustehe. Diese Auffassung muss sich am Anfange des fünften Jahrhunderts gebildet haben, denn sie tritt bereits in einem Gesetze des Jahres 426 von Theodosius II. und Valentinian III. auf, worin diese Kaiser zugleich das Recht der bona materni generis auf die sog. lucra nuptialia übertragen, das heisst auf alles, was ein Hauskind unentgeltlich von seinem Ehegatten erhält.[1]

Es ist bekannt, dass diese Auffassungsweise zu allgemeiner Anerkennung gelangte. Man begegnet ihr in allen spätern

1) Vgl. L. 9 pr. Th. C. eod. 8, 18, L. 10 Th. C. eod. und L. un. Th. C. de bonis quae filiisf. ex matr. 8, 19, alles Bruchstücke des nämlichen Gesetzes. — Aehnlich, wie im Texte, wird die Entwickelung der Theorie der Adventicien auch dargestellt von Schirmer, Handb. des röm. Erbr. I. S. 174 ff., und von Brinz, Lehrb. der Pand. II. S. 1191 ff.

Gesetzen;[2] desgleichen in der westgothischen Interpretatio des Codex Theodosianus und in der Lex Romana Burgundionum.[3] Von Justinian wurde sie durch Interpolation sogar in die erwähnten Gesetze von Constantin und von Arcadius und Honorius hineingetragen.[4] Es muss aber von selbst einleuchten, dass durch diese Art der theoretischen Auffassung das neue Verhältniss dem castrense peculium noch ungleich näher kommen und sich gewissermaassen nur als eine blosse Abschwächung des castrense peculium darstellen musste.

So erklärt sich leicht die Erscheinung, die mir zu diesen Bemerkungen über die Geschichte der Adventicien die Veranlassung gegeben; eine Rückwirkung nämlich, welche nun wieder das Recht der Adventicien seinerseits auf das Recht des castrense peculium ausgeübt hat.

Durch das vorhin schon erwähnte Gesetz vom J. 426 verordneten Theodosius II. und Valentinian III. in Ansehung der bona materna, dass diese Güter bei dem Tode des Hauskindes zuvörderst seinen Kindern (iure hereditatis) und erst in Ermangelung solcher dem Gewalthaber (iure peculii) zukommen sollten.[5] Im Jahre 439 wurde das nämliche von Theodosius II. auch für die lucra nuptialia festgesetzt.[6]

Das castrense peculium war von diesen Verordnungen nicht ausdrücklich betroffen. Allein es musste doch ohne weiteres und vermöge eines höchst einfachen argumentum a fortiori als selbstverständlich erscheinen, dass sie auch auf das castrense peculium anzuwenden seien. Denn dieses war ja in ungleich

---

2) Vgl. L. 2 C. de bon. quae lib. 6, 61 v. J. 428; Nov. Theod. tit. XIV. §. 8 = L. 3 C. de bon. quae lib. v. J. 439; L. 4 C. eod. v. J. 469; L. 5 C. eod. v. J. 473; L. 6 und 8 C. eod., zwei Gesetze Justinian's von 529 und 531.

3) Vgl. die Interpretatio zu L. 1, 2, 6, 9, 10 Th. C. de matern. bon. 8, 18 und zu L. un. Th. C. de bonis quae filiisf. 8, 19. Ferner die Lex Rom. Burg. (ed. Barkow) tit. XXII. de donationibus.

4) S. L. 1 und 2 C. de bon. mat. 6, 60.

5) L. 10 pr., §. 2 Th. C. de matern. bon. 8, 18. Vgl. Schirmer, Handb. des röm. Erbr. I. S. 177.

6) Nov. Theod. tit. XIV. §. 8 = L. 3 C. de bon. quae lib. 6, 61.

höherm Grade ein eigenes Vermögen des Haussohnes, als die bona materna und die lucra nuptialia. Wäre es also nicht ungereimt und widersinnig gewesen, seinen Kindern grössere und nähere Ansprüche auf diese letztern Güter, als auf das castrense peculium zuzuschreiben? Dem gemäss nahm die Praxis gar keinen Anstand, jene Vorschriften auch auf das castrense peculium zu beziehen.[7]

Diese Sachlage fanden Leo und Anthemius vor, und so erklärt sich denn ihre oben (S. 346 fg.) besprochene Aeusserung in der L. 34 C. de episc. 1, 3 auf die einfachste und natürlichste Weise.

Die nämlichen Kaiser schränkten aber in einem andern Gesetze die Ansprüche des Gewalthabers auf die lucra nuptialia seiner verstorbenen Hauskinder noch mehr ein, indem sie ihm nicht allein die Kinder, sondern selbst die Geschwister des Verstorbenen vorzogen.[8]

---

7) Auf Fortbildungen, welche das römische Recht in der Zeit von Diocletian bis Justinian durch die Praxis erhalten, hat aus anderm Anlasse auch Bähr in den Jahrbüchern für Dogmatik von Gerber und Jhering I. S. 393 hingewiesen. Nach meinen Beobachtungen war der Einfluss dieser spätern Praxis ein bei weitem grösserer, als man gemeinhin anzunehmen pflegt.

8) L. 4 C. de bon. quae lib. 6, 61 datiert vom V. Kal. Mart. 469. Bei der L. 34 C. cit. ist die Subscription lückenhaft. Es findet sich bloss die Angabe: Dat. V. Kal. April., die Angabe des Jahres fehlt. Allein die Constitution ist ohne Zweifel gleichfalls dem Jahre 469 zuzuschreiben, weil die LL. 31 und 35 Cod. eod. aus diesem Jahre sind, und weil im Codex zwar viele an den Pf. P. Erythrius erlassene Constitutionen von 466 und 469, aber keine aus einem der dazwischen liegenden Jahre vorkommen. Danach wäre also die cit. L. 4 C. de bon. quae lib. einen Monat jünger, als die L. 34 C. cit. Dieser Umstand macht indessen keine Schwierigkeit. Denn sicherlich geschah die Uebertragung des in der L. 4 C. cit. verordneten Vorzuges der Geschwister vor dem Gewalthaber auf das castrense peculium auch wieder erst durch die Praxis. Eine solche konnte sich aber natürlich im Laufe eines Monates nicht bilden. — Wegen der hier angenommenen Auslegung der L. 4 C. cit. vergleiche man die L. 11 C. comm. de succ. 6, 59 und Vangerow, Lehrb. der Pand. II. §. 409. IV. Nr. 1 (7. Aufl. S. 35). Eine andere, aber schwerlich richtige Erklärung s. bei Schirmer, Handb. des röm. Erbr. I. S. 178 fg.

Auch diese Vorschrift wurde kraft des nämlichen Schlusses a fortiori von der Praxis auf das castrense peculium angewendet, und so fand denn Justinian bei dem castrense peculium folgenden Rechtszustand vor: Wenn der Haussohn testamentlos verstarb, so wurde sein castrense peculium zuvörderst als Erbschaft (iure hereditatis) seinen Kindern, in Ermangelung von Kindern seinen Geschwistern deferiert, und nur, falls auch keine Geschwister vorhanden waren oder falls die vorhandenen ausschlugen, fiel das castrense peculium nach Peculienrechte dem Gewalthaber anheim.

Jetzt, denke ich, hellt sich alles auf. Man begreift, warum Justinian in der L. 6 C. de bon. quae lib. 6, 61, obwohl er den Vorzug der Kinder und Geschwister des verstorbenen Hauskindes vor seinem Gewalthaber von den bona materna und lucra nuptialia auf das ganze von ihm geschaffene Gebiet der Adventicien erweitert, dennoch in Ansehung des castrense peculium eine Rechtsänderung nicht für erforderlich hält, sondern ausdrücklich erklärt, alles bei dem bestehenden Rechte zu belassen. Nicht minder gelangt das princ. I. qu. non est perm. 2, 12 zu seinem einfachen Verständnisse, und man erkennt, dass von einem Widerstreite dieser Institutionenstelle mit der L. 6 pr. in f. C. cit. überall nicht die Rede sein kann.[9]

§. 47.

Die übrigen Veränderungen, denen wir auf dem Boden unseres Institutes in den Justinianischen Rechtsbüchern begegnen, sind verhältnissmässig sehr unbedeutend. Sie sind hauptsächlich bewirkt worden durch die Auswahl, in welcher man Bruchstücke aus Schriften römischer Juristen in den Digestentitel de castrensi peculio aufnahm. Und zwar bestehen die hiedurch herbei-

9) Die Ansicht, wonach die Aeusserung des princ. I. cit. aus einer Rückwirkung des Rechtes der Adventicien zu erklären ist, findet sich schon in der Glosse (glo. Nullis liberis v. fratribus superstitibus ad pr. I. cit.). S. ferner Vinnius ad pr. I. cit. nr. 4; Glück, Commentar XXXIV. S. 119; Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilrechtes 5. Aufl. §. 438 (III. S. 206 a. Anf.); Göschen, Vorles. §. 914; Savigny, System I. S. 282 Note t; besonders aber Schrader ad pr. I. cit. verb.: „nullis lib. v. fratr. superstit.“

geführten Veränderungen gewissermaassen in einem kleinen geschichtlichen Rückschritte.

Neben einer grossen und überwiegenden Mehrzahl von Stellen, welche durchaus auf dem Standpunkte der neuern, das castrense peculium als ein eigenes Vermögen des Haussohnes betrachtenden Auffassung stehen, ist nämlich als L. 18 D. h. t. auch eine Stelle von Mäcian aufgenommen worden, die nicht minder entschieden den ältern Standpunkt vertritt, aus welchem das castrense peculium sich darstellte als ein Vermögen des Vaters, woran jedoch dem Sohne die freie und selbständige Verwaltungsbefugniss zustehe und dem Vater die Verwaltungsbefugniss mangele. Nun kann zwar davon gar keine Rede sein, dass man etwa zu dieser ältern Grundanschauung selbst wieder hätte zurückkehren wollen. Einer solchen Annahme steht nicht nur jene überwiegende Mehrzahl anderer Stellen im Wege, sondern auch die Erweiterung des Gebietes der Adventicien und die Art, wie Justinian bei dieser Gelegenheit (in der L. 6 pr. C. de bon. quae lib. 6, 61) von dem castrense peculium redet, ferner die Art, wie er sich in der L. 7 C. eod., der L. 16 §. 2 C. de usufr. 3, 33, der L. 7 §. 1 C. ad SC. Maced. 4, 28, der L. 7 pr. C. de curat. fur. 5, 70, der L. 21 C. de collat. 6, 20, dem pr. I. quib. non est. perm. 2, 12 und an andern Orten äussert, endlich der in dem pr. I. cit. erwähnte Vorzug der Kinder und Geschwister des verstorbenen Haussohnes vor dem Gewalthaber. Allein die einzelnen in der L. 18 D. cit. enthaltenen Sätze müssen jedenfalls als Bestandtheile des Justinianischen Rechtes anerkannt werden. Und so lässt sich denn mit Fug nicht bestreiten, dass nach dem Rechte der Justinianischen Rechtsbücher wieder, wie zur Zeit Hadrian's, der von dem Gewalthaber des Sohnes zum Erben eingesetzte castrensische Sklave den Sohn zum necessarius heres des Gewalthabers macht (pr. leg. 18 cit.), dass ferner der Gewalthaber castrensische Sachen von Niessbrauch und sonstigen Dienstbarkeiten befreien, nicht minder zu Gunsten castrensischer Grundstücke Dienstbarkeiten erwerben kann (§. 3 leg. 18 cit.).

Wie haben wir uns aber die Wiederaufnahme dieser Sätze zu erklären? Etwa daraus, dass von der geschichtlichen Entwickelung, die sich zwischen Hadrian und Alexander vollzogen,

den Compilatoren die Kenntniss und das Bewusstsein abgegangen? Eine solche Annahme hätte schwerlich viel wahrscheinliches. Sondern ich glaube, der Grund war folgender.

Die Compilatoren fanden bei den spätern klassischen Juristen zwei unter einander nahe verwandte Regeln. Die eine lautete dahin, dass das Recht, welches dem Vater an sich in Betreff aller Erwerbungen seiner Hauskinder zukomme, sich in Rücksicht des castrense peculium nur in so weit nicht zu bethätigen und geltend zu machen vermöge, als es mit dem Privilegium des Haussohnes in Widerstreit gerathe. Soweit dieses nicht der Fall, äussere es seine gewöhnliche Kraft und Wirkung. (S. 329 fg.) Nach der Fassung der andern aber sollte, soweit das dem Privilegium des Sohnes keinen Abtrag thue, noch immer das frühere, dem Gewalthaber günstigere Recht des castrense peculium angewendet werden. (S. 338.) Aus der einen, wie aus der andern Regel wurde abgeleitet, dass das castrense peculium bei testamentlosem Tode des Haussohnes dem Gewalthaber gleich einem gewöhnlichen Peculium zufalle, und dass nun auch manche von dem Gewalthaber schon bei Lebzeiten des Sohnes über castrensische Sachen gemachte Verfügungen Geltung und Wirkung erlangten, obwohl sie zu denjenigen gehörten, deren Gültigkeit durch Eigenthum des Urhebers der Verfügung zur Zeit der letztern bedingt sei. Dabei hatte man aber freilich überall nur Verfügungen im Auge, deren Wirkung erst in die Zeit nach dem Tode des Haussohnes fiel, und nirgends schrieb man eine Geltung auch solchen Verfügungen zu, deren Wirkung noch in die Lebenszeit des Haussohnes hineingefallen wäre. Selbst dann nicht, wenn sie diesem gar nicht schädlich waren. Denn so lange der Sohn lebte, wurde ihm und ihm allein das Eigenthum der castrensischen Sachen beigemessen, und alles, was in die Zeit seines Lebens hineintraf, wurde lediglich nach Maassgabe dieser Auffassung beurtheilt. Damit vertrug sich aber die Gültigkeit Eigenthum erfordernder Rechtshandlungen des Vaters in Ansehung castrensischer Sachen nicht, und natürlich selbst solcher nicht, welche, wie die Befreiung castrensischer Sachen von Dienstbarkeiten oder der Erwerb von Dienstbarkeiten für castrensische Grundstücke, dem Sohne keinen Nachtheil, sondern Vortheil gebracht hätten. (§. 26 Nr. 3.) Wenn

man auch je nach den Umständen das neue oder das alte Recht anwandte, das Privilegium des Sohnes oder das gemeine Recht der väterlichen Gewalt zur Richtschnur der Beurtheilung nahm, so konnte man doch unter einer bestimmten gegebenen Voraussetzung immer nur entweder das eine oder das andere gelten lassen und niemals gleichzeitig das eine und das andere neben einander. Jenes liess sich durch die Analogie des postliminium einigermaassen beschönigen, für dieses hingegen wäre nirgends eine theoretische Vermittelung zu finden gewesen.

Möglich, dass die Compilatoren diesen Zusammenhang nicht vollständig erfassten. Vielleicht auch, dass sie darin, wie in so manchem anderm, eine übertriebene Subtilität der Alten erblickten. Genug, sie hielten sich mehr an den äussern Wortlaut jener Regeln, als an ihren eigentlichen innern Sinn. Ueberall, wo es in jedem einzelnen Fall dem Sohn und seinen Rechten nichts schade, sollte alles nach Maassgabe des frühern oder, was hier praktisch auf dasselbe hinauskommt, nach Maassgabe des gemeinen väterlichen Rechtes beurtheilt werden. Demgemäss musste ihnen die Art und Weise, wie die Rechtshandlungen des Gewalthabers in Betreff castrensischer Sachen von den Anhängern der ursprünglichen Grundanschauung des Institutes behandelt worden waren, vorzüglicher und praktisch angemessener erscheinen, als die Art der Behandlung von Seite der spätern klassischen Juristen. Es war ihnen keine Frage, dass die nämliche Art der Behandlung auch in dem Justinianischen Rechte wieder zur Geltung zu bringen sei. Zu dem Ende blieb denn aber nichts anders übrig, als was man wirklich that; dass man nämlich aus einer Schrift eines Anhängers jener ältern Grundanschauung ein Bruchstück mit in die Digesten hereinsetzte. Denn in den Schriften, welche auf dem Boden der andern, jüngern Grundanschauung standen, war eben das, was man wollte, nicht zu finden. Dass in Folge dieses Verfahrens auch die ursprüngliche Grundanschauung selber in den Justinianischen Rechtsbüchern eine Vertretung erhielt, darum brauchte man sich aus Gründen, die ich schon früher entwickelt habe (§. 28), nicht viel zu kümmern.

§. 48.

Ausser den bisher besprochenen Veränderungen ist in den Justinianischen Rechtsbüchern nur noch eine einzige, äusserst geringfügige, anzutreffen. Sie besteht darin, dass, wie schon früher gezeigt, Justinian durch ein ziemlich unglückliches Gesetz vom 1. September 531, die L. 37 C. de inoff. test. 3, 28, jedes Testament über ein castrense peculium, selbst das erst von einem veteranus errichtete, von der Anfechtung durch die querela inofficiosi testamenti entband. (§. 33.)

Dieses, sage ich, ist die einzige weitere Veränderung. Denn wollte man etwa auf die bekannte L. 8 §. 2 C. de bon. quae lib. 6, 61 vom 29. Juli 531 verweisen, worin Justinian im Anschlusse an eine ähnliche Bestimmung in Betreff adventicischer Erwerbungen dem Vater das Recht giebt, eine von seinem Haussohn ausgeschlagene Erbschaft, welche im Fall des Antrittes in das castrense peculium gekommen wäre, für sich selber zu vollem Rechte anzutreten, als ob von Anfang an er, der Vater, zum Erben eingesetzt worden wäre: so wird man sich doch bei etwas genauerer Betrachtung leicht überzeugen, dass diese Vorschrift das Recht des castrense peculium gar nicht eigentlich berührt. Denn es dreht sich ja dabei nicht um die juristische Behandlung solcher Vermögensstücke, welche Bestandtheile des castrense peculium werden, sondern vielmehr gerade umgekehrt um die Behandlung solcher, welche Bestandtheile des castrense peculium nicht werden.

Dagegen würde allerdings die L. 8 C. cit. eine andere das Recht des castrense peculium berührende und verändernde Bestimmung enthalten, wenn die Meinung des Accursius richtig wäre, dass die Vorschrift am Schlusse des princ. der Stelle auch auf das castrense peculium Anwendung finden müsste. Hier wird nämlich verordnet, dass zur Führung von Rechtsstreitigkeiten, die sich auf seine adventicia extraordinaria beziehen, der Sohn als Kläger wie als Verklagter der — freilich erzwingbaren — Zustimmung seines Gewalthabers bedürfe. Dieses formelle Erforderniss, meint Accursius in der glo. Imponenda ad h. l., müsse auch bei Rechtsstreitigkeiten in Angelegenheiten eines castrense

oder quasi castrense peculium gelten. Er selbst berichtet jedoch, dass andere anderer Ansicht seien, und dieser andern Ansicht sind, gewiss mit vollem Rechte, alle spätern gefolgt, so viele ihrer überhaupt auf die Frage eingehen, die sehr bald in völlige Vergessenheit gerathen zu sein scheint.[1]

Eben so wenig können aus sonstigen in dem Codex enthaltenen und das castrense peculium berührenden Gesetzen Justinian's Neuerungen in Ansehung dieses Institutes abgeleitet werden. Eine einfache Aufzählung dieser Gesetze wird den besten Beweis liefern.

Das älteste derselben ist die L. 6 pr., §. 3 C. de bon. quae lib. 6, 61 vom 30. Oktober 529. Justinian erklärt hier ganz allgemein und in besonderer Anwendung auf zwei einzelne Fragen, dass er in Rücksicht des castrense peculium alles völlig bei dem bisherigen Rechte belasse.

Hierauf folgt die L. 7 §. 1 C. ad SC. Maced. 4, 28 vom 21. Juli 530, welche eine Streitfrage darüber entscheidet, in wie weit Gelddarlehen an einen Haussohn, der ein castrense peculium hat, den Vorschriften des SC. Macedonianum enthoben seien. (§. 24.)

In der L. 7 pr. C. de curat. fur. 5, 70 vom 1. September 530 wird die Frage erledigt, ob einem wahnsinnigen Hauskinde zur Verwaltung seines castrense peculium oder anderweiten eigenen Vermögens ein Vormund (curator) zu bestellen, oder ob diese Verwaltung seinem Vater und Gewalthaber anzuvertrauen sei. Der Kaiser entscheidet sich mit Berufung auf Tertullian für das zweite.[2]

---

1) Für die richtige Ansicht z. B. Gul. Durantis, Spec. iud. lib. I. tit. de actore nr. 23 cum add. Ioa. Andreae ad v. „Dicit", nr. 29, 32; Bartolus ad L. 8 D. de procuratoribus 3, 3, ad L. 4 D. de cast. pec. 49, 17 und ad L. 8 §. necessitate C. de bon. quae lib. 6, 61 nr. 2 s. fin.; Baldus ad L. 8 §. necessitate C. cit.; Angelus de Ubaldis ibid. nr. 3 und 9; Salicetus ibid. nr. 13; Raphael Fulgosius ibid. nr. 11; Paulus de Castro ibid. nr. 13 (es sei die communis opinio).

2) S. §. 25 a. E. Nach der Analogie dieser Vorschrift wird auch die Verwaltung des castrense und quasi castrense peculium eines minder-

Durch die L. 16 §. 2 C. de usufr. 3, 33 vom 1. Oktober 530 hebt Justinian die capitis deminutio minima als Erlöschungsgrund eines Niessbrauches auf und erwähnt dabei Beispiels halber des Niessbrauches, der zu dem castrense peculium eines Haussohnes gehöre.

Die L. 21 C. de collat. 6, 20 vom 18. Oktober 530 oder 532 berichtet, dass in Ansehung des castrense peculium schon nach altem Rechte keine Collationsverbindlichkeit des Haussohnes bestehe, und überträgt dieses auf die Adventicien.

In der L. 7 C. qui bonis cedere poss. 7, 71 vom 20. Februar 531 wird das „flebile adiutorium" der cessio bonorum auch den Hauskindern zugesprochen, und dabei ist unter andern auch von dem castrense peculium die Rede.

Die gleichzeitig mit der L. 8 C. de bonis quae lib. 6, 61 am 29. Juli 531 erlassene L. 11 C. qui test. fac. 6, 22 hat zum Zwecke, zu verhüten, dass etwa aus jenem ersten Gesetze eine weiter gehende Testierbefugniss der Hauskinder gefolgert werde, als sie nach dem bisherigen Rechte begründet sei.

Hierauf folgt dann schliesslich die schon genannte L. 37 C. de inoff. test. 3, 28 vom 1. September 531, welche auszugsweise als L. 12 auch in dem Titel Qui testamenta facere possunt vel non 6, 22 steht.

Man sieht, dass im wesentlichen und abgesehen von einigen verhältnissmässig sehr geringen Veränderungen das castrense peculium in den drei Justinianischen Rechtsbüchern noch ganz in der nämlichen Gestalt erscheint, die es bereits drei Jahrhunderte früher zur Zeit Alexander's an sich trug.

§. 49.

Bei weitem wichtiger und eingreifender sind die durch das Novellenrecht herbeigeführten Veränderungen. Und zwar kommen

jährigen Haussohnes dem Gewalthaber zuzusprechen sein. Vgl. auch L. 8 §. 1 C. de bon. quae lib. 6, 61 und s. Rudorff, Das Recht der Vormundschaft I. S. 178 ff.; Unterholzner, Lehre von den Schuldverhältnissen II. S. 652; Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts II. §. 432 Anm. 5; besonders aber Sintenis, Das pract. gem. Civilr. III. §. 141 Anm. 52.

auch hier hauptsächlich die beiden bekannten Novellen 115 vom 1. Februar 542 und 118 vom 26. Juli 543 in Betracht.[1]

Was zuvörderst die Novelle 115 angeht, so fragt es sich, welchen Einfluss dieses Gesetz auf das in der L. 37 C. de inoff. test. 3, 28 verliehene Vorrecht ausgeübt habe; ob letzteres kraft der Novelle für aufgehoben zu halten, und ob also nunmehr auch in Testamenten über ein castrense oder quasi castrense peculium die Vorschriften des Pflichttheilsrechtes und der Nov. 115 beobachtet werden müssten. Ich kann mich in Ansehung dieser Frage nur der von jeher überwiegenden, in neuerer Zeit besonders von Mühlenbruch und Francke vertheidigten bejahenden Meinung anschliessen.[2]

---

1) In der Nov. 22 (vom 18. März 536) cap. 34 in f. wird das castrense und quasi castrense peculium zwar erwähnt, aber nur, um wiederholt einzuschärfen, dass an diesen Peculien dem Gewalthaber kein Niessbrauch zustehe.

2) S. Francke, Das Recht der Notherben S. 450 ff., Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Commentar XXXV. S. 216 ff. Dieselbe Ansicht findet sich schon bei Azo, Summa Cod. III, 28 de inoff. test. nr. 14 und Lectura ad L. 37 C. cod. in f.; ferner in der glo. Testamento ad L. 37 C. cit.; sodann bei Odofredus, Sup. Dig. nov. in L. Filiusf. [7] de donat. in fin. (Lugd. 1552 fol. 32 col. I.) und Sup. Cod. prima parte tit. de inoff. test. in L. De inoff. [9] (fol. 157 col. II.), in L. Testamentum [24] (fol. 158 col. III.) und in L. ult. in f. (fol. 161 col. II.); Cinus ad cit. L. ult. C. 3, 28 nr. 2; Bartolus ad Auth. Ex causa C. de lib. praet. 6, 28 nr. 13 und ad Auth. de sanctiss. episc. Coll. IX. tit. 15 §. Presbyteros nr. 4; Salicetus ad Auth. Presbyteros C. de episc. 1, 3 und ad L. ult. C. de inoff. test. 3, 28 nr. 4 s. fin.; Ioannes de Platea ad L. Iubemus [5] C. de silentiar. 12, 16 vers. Debent. tamen rel.; Paulus de Castro ad L. Cum lege [38 al. 50] C. de episc. 1, 3 nr. 3, ad L. Nemo ex lege [11] C. qui test. 6, 22 nr. 3 und ad Auth. Ex causa C. de lib. praet. 6, 28 nr. 11; Iason ad L. ult. C. de inoff. test. 3, 28 nr. 5, 6; Claud. Cantiuncula, Paraph. in I. de mil. test. 2, 11 verb. „illis autem“; Viglius ad pr. I. eod. verb. „iure communi“ (eine sehr gründliche und eingehende Erörterung); Ioach. Mynsinger, Schol. in §. ult. I. eod. nr. 4, 5; Cujacius Comm. in tit. D. de inoff. test. ad L. 8 §. 4 in f.; Retes cap. III. §. 20 (p. 251); Vinnius ad §. 1 I. de inoff. test. 2, 18 nr. 3; Struvius, Syntagm. Exerc. X. th. 39; Ulr. Huber, Prael. ad tit. I. de inoff. test. 2, 18 nr. 13; Stryk, Us. mod. Pand. lib. V. tit. II. §. 14; Gebr. Overbeck, Meditationen Med. 85 (II. [1786] S. 158 ff.);

Für die Richtigkeit dieser Ansicht sprechen vor allem die deutlichen Worte der Novelle selbst in dem cap. 4, welche in der versio vulgata folgendermaassen lauten:

Sancimus itaque, non licere liberis parentes suos praeterire aut quolibet modo ***rebus propriis***, ***in quibus habent testandi licentiam***, eos omnino alienare.

„Res propriae, in quibus habent testandi licentiam" oder, wie es in dem griechischen Texte heisst: *τὰ ἴδια πράγματα, ἐν οἷς ἐξουσίαν ἔχουσι διατίθεσθαι*: dabei kann der Gesetzgeber an nichts anderes, als an das castrense und quasi castrense peculium gedacht haben; denn auf gewaltfreie Kinder bezogen, die ja über ihre sämmtliche Habe testieren können, hätte es ganz und gar keinen Sinn. Es ist also mindestens kein Zweifel statthaft, dass der Haussohn seine Eltern berücksichtigen muss. Daraus folgt denn aber völlig von selbst die Nothwendigkeit, auch seine Kinder zu berücksichtigen; denn die Kinder haben ja überall einen nähern und grössern Anspruch auf letztwillige Berücksichtigung, als die Eltern. Und sollte man für diese Folgerung eine positive Bestätigung begehren, so fehlt es sogar

---

Höpfner, Commentar über die Institutionen §. 458 Anm. 2; Hänsel, Bemerkungen und Excurse üb. das kgl. sächs. Civilrecht I. S. 391; Thibaut, System des Pand. R. 8. Ausg. §. 251; Vangerow, Lehrb. d. Pand. II. §. 474 Anm. 1 Nr. 2. a (7. Aufl. S. 252); Arndts, Pand. §. 592 Anm. 3. Noch einige andere Anhänger dieser Ansicht sind bei Francke a. a. O. S. 450 Anm. 19 angegeben. Die gegentheilige Ansicht war, so weit ich sehe, im Mittelalter ohne alle Vertreter, und sie zählt auch unter den spätern Schriftstellern nur verhältnissmässig wenige Vertheidiger. Es ist eine sehr leichtfertige Behauptung, wenn Cocceji in dem Ius civ. controv. lib. V. tit. II. qu. 19 ihr die Mehrzahl der Stimmen zuschreibt. Fügt man den bei Glück, Commentar VII. S. 488 Anm. 70 angeführten neun Namen Glück selbst, sodann Brunnemann in L. ult. C. de inoff. test. 3, 28 nr. 6—9, Haimberger, Ius rom. privat. III. (1830) §. 352 in f. und Heimbach in Weiske's Rechtslexikon VII. (1847) S. 872 bei, so dürfte die Zahl dieser Stimmen so ziemlich erschöpft sein. Die im Texte gebilligte Ansicht ist so sehr die überwiegende, dass ich im Hinblicke auf die volle Einstimmigkeit der Juristen vom 13. bis zum 16. Jahrhundert keinen Anstand nehme, sie für das heutige gemeine Recht ganz abgesehen von innern Gründen schon kraft unzweifelhafter Usualinterpretation als maassgebend hinzustellen.

an dieser nicht. Sie liegt in der Vorschrift des cap. 3 der Novelle, dass es den Eltern gänzlich und durchaus (παντελῶς) verboten sei, ihre Kinder zu übergehen. Wir haben zu einer irgendwie einschränkenden Auslegung dieses Ausspruches gewiss keinen Grund.

Wir haben aber dazu um so viel weniger einen Grund, weil das aus der Nov. 115 cap. 3 und 4 gezogene Ergebniss unterstützt und bekräftigt wird durch die Nov. 123 cap. 19 vom 1. Mai 546. Justinian spricht darin von dem quasi castrense peculium der Geistlichen und bemerkt dabei, diese dürften auch als Haussöhne ihr Vermögen verschenken und darüber testieren, „sic tamen, ut *horum filii* aut, his non exstantibus, *parentes eorum legitimam partem ferant*“. Klarer und unzweideutiger konnte der Gesetzgeber nicht reden. Es ist aber freilich wahr, dass Glück auf diese Bemerkung der Nov. 123 cap. 19 sich gerade zu Ungunsten jenes Ergebnisses berufen hat. Beides, meint er, lasse sich nicht füglich mit einander vereinigen, weil, gedachtes Ergebniss der Nov. 115 als richtig gesetzt, die Verordnung der Nov. 123 cap. 19 ganz überflüssig gewesen sein würde. Allein, hätte Justinian in dieser Novelle alles unberührt lassen wollen, was schon aus frühern Gesetzen hervorgieng, so hätte er noch von vielem anderm nicht reden dürfen, was in diesem umfassenden Gesetze behandelt wird. Glück hat die kurze Vorrede der Novelle nicht beachtet, worin Justinian ausdrücklich erklärt, dass er in diesem Gesetze das, was in Betreff der Bischöfe, Geistlichen und Mönche schon früher in mancherlei Constitutionen verordnet sei, nur zusammenstellen wolle, allerdings nicht ohne die angemessene Verbesserung.[3]

Ferner kommt in Betracht, dass Justinian die in der L. 37 C. de inoff. test. 3, 28 ganz allgemein ausgesprochene Befreiung der Testamente über ein quasi castrense peculium von der querela inofficiosi in der einige Monate spätern L. 50 C. de episcop. 1, 3

3) Die Worte Justinian's sind diese: *ἐπὶ δὲ τοῦ παρόντος τὰ περὶ τῶν ὁσιωτάτων ἐπισκόπων καὶ κληρικῶν καὶ μοναχῶν πρῴην ἐν διαφόροις διατάξεσι διατυπωθέντα μετὰ τῆς προσηκούσης ἐπανορθώσεως τῷδε περιλαβεῖν τῷ νόμῳ συνείδομεν.*

für die Testamente der Geistlichen über ihr quasi castrense peculium ausdrücklich wiederholt. Sehr erklärlich, da der Titel de episcopis et clericis rel. nicht bloss für die Juristen bestimmt und berechnet war, sondern auch für die Geistlichen, von denen nicht anzunehmen stand, dass sie sich mit den übrigen Theilen des Codex sonderlich beschäftigen würden. Eben so natürlich war es aber aus dem gleichen Grunde, nun auch die durch die Nov. 115 geschehene Aufhebung jener Vorschrift der L. 37 C. cit. in der Nov. 123 bei Gelegenheit der Berührung des quasi castrense peculium der Geistlichen wiederum besonders zu bemerken. Will man einwenden, dass dann Justinian wenigstens auf die Nov. 115 hätte hinweisen müssen, so erwidere ich, dass dieses wohl allerdings ganz zweckmässig gewesen wäre, dass aber Justinian auch in der L. 50 C. cit. nicht auf die L. 37 C. cit. verweist, sondern ganz so spricht, als ob er zu Gunsten der Geistlichen etwas völlig neues einführe, wiewohl er doch im Eingange des Gesetzes kenntlich genug auf die L. 37 C. cit. anspielt.

Das von Glück erhobene Bedenken ist also ohne alles Gewicht. Wir sind vielmehr vollkommen berechtigt, die Schlussbemerkung des cap. 19 der Nov. 123 als eine authentische Interpretation desjenigen zu betrachten, was Justinian durch die Nov. 115 für die Testamente von Haussöhnen über ihr castrense oder quasi castrense peculium bestimmen wollte.

Man muss demnach entschieden an der herrschenden Meinung festhalten. Nur ist zu bemerken, dass in der Nov. 115 und in der Nov. 123 c. 19 bloss von Ascendenten und Descendenten die Rede ist. Francke (a. a. O. S. 452) will daraus folgern, dass gegenüber den Geschwistern die durch die L. 37 C. de inoff. test. 3, 28 gewährte Befreiung von der Beobachtung des Pflichttheilsrechtes fortbestehe, wonach denn immer noch eine gewisse Singularität übrig bliebe. Allein ich glaube nicht, dass wir zur Annahme eines solchen Ergebnisses genöthigt sind. In Erwägung der sehr geringen praktischen Bedeutung des Pflichttheilsrechtes der Geschwister darf und muss man als die eigentliche Meinung Justinian's in der Nov. 115 gewiss die Absicht betrachten, jenen durch die L. 37 C. cit. eingeführten Grundsatz überhaupt wieder aufzuheben und folglich die Testamente

über ein castrense und quasi castrense peculium überhaupt an die gewöhnlichen Regeln des Pflichttheilsrechtes zu binden. Die ganze Frage hat indessen kaum einen andern als einen rein theoretischen Werth. Denn gesetzt dass der Haussohn vor seinem Tode gewaltfrei geworden, so kommen auf sein Testament ohnehin und schon kraft der ausdrücklichen Vorschrift in dem §. 2 der L. 37 C. cit. alle Grundsätze des Pflichttheilsrechtes zur Anwendung. Demnach könnte jene Frage kaum anders zu praktischer Bedeutung gelangen, als unter der Voraussetzung, dass der Haussohn seinen ihn überlebenden Gewalthaber aus einem der gesetzlichen Enterbungsgründe ausgeschlossen, vorhandene Geschwister aber zu Gunsten einer unehrenhaften Person nicht einmal mit ihrem Pflichttheil bedacht hätte.

Um zu der erörterten Hauptfrage zurückzukehren, so können sich für denjenigen, der sie im richtigen Sinne beantwortet, wiederum zwei weitere Fragen ergeben, die schon im Mittelalter einen Gegenstand des Streites gebildet haben.

Erstlich die Frage, was die Folge sei, wenn ein Haussohn in seinem Testament über ein castrense oder quasi castrense peculium auf seine Kinder oder Eltern nicht die gehörige Rücksicht genommen; ob dann die gewöhnliche Wirkung einer Verletzung des Notherbenrechtes eintrete, oder ob nur die verkürzten Pflichttheilsberechtigten mit einer condictio ex lege auf ihren Pflichttheil klagen könnten. Mit Recht war schon im Mittelalter die erste Meinung die überwiegende. Denn da die Nov. 115 für Testamente über ein castrense oder quasi castrense peculium nirgends etwas besonderes bestimmt, so wäre es völlig willkürlich, dergleichen Testamente nach andern als den gewöhnlichen und allgemeinen Regeln beurtheilen zu wollen.[4]

---

4) Vgl. z. B. Azo, Lectura in L. Cum lege Leon. [38] C. de episcopis 1, 3 und in L. ult. C. de inoff. test. 3, 28 in f.; glo. Ferant ad Auth. Presbyteros post L. Sacrosanctae [32 al. 34] C. de episc. 1, 3, glo. Subiacere ad L. Cum lege Leon. [38 al. 50] C. eod., glo. Testamento ad L. ult. C. de inoff. test. 3, 28; Bartolus ad Auth. Ex causa C. de lib. praet. 6, 28 nr. 13 und ad Auth. de sanctiss. episc. Coll. IX. tit. 15 §. Presbyteros; Raphael Fulgosius ad L. ult. C. de inoff. test. 3, 28

Die zweite Frage ist die, ob durch die Nov. 115 bloss das Vorrecht der Haussöhne als solcher, oder ob dadurch auch das Vorrecht der Soldaten in Ansehung des Pflichttheilsrechtes für aufgehoben zu achten sei. Auf die reinen Pflichttheilsansprüche bezogen, ist diese Frage wohl eher zu verneinen, und insoweit stimme ich Francke a. a. O. S. 452 fg. und Mühlenbruch a. a. O. S. 218 bei. Dagegen halte ich es im Hinblicke auf das oben S. 217 ff. gesagte für unrichtig, die Vorschriften der Nov. 115 überhaupt und in jeder Beziehung auf Testamente der Soldaten während des Feldzuges für unanwendbar zu erklären. Vielmehr scheint mir die früher herrschende Meinung völlig gegründet, dass auch der auf dem Feldzuge testierende Soldat es nur dann unschädlicher Weise unterlassen könne, seine Kinder oder Eltern zu Erben einzusetzen, wenn er eine der gesetzmässigen Enterbungsursachen anführe, und wenn die Wahrheit derselben von den eingesetzten Erben beweisbar sei. Uebrigens ist die ganze Frage offensichtlich keine mehr, welche das castrense peculium als solches und unmittelbar berührte, und ich muss daher von ihrer eingehendern Erörterung Abstand nehmen.[5]

---

nr. 6; Paulus de Castro ad Auth. Ex causa C. cit. nr. 11; Viglius ad pr. I. de mil. test. 2, 11 verb. „iure communi".

5) Die Ansicht, dass den Vorschriften der Nov. 115 auch Soldatentestamente unterworfen seien, war im ganzen spätern Mittelalter und bis in das 17. Jahrhundert herein die gemeine und fast einstimmig anerkannte. Seit der Mitte des 17. Jahrhunderts wurde sie von den Theoretikern mehr und mehr verlassen, und schon im 18. Jahrhundert war sie so gut wie gänzlich in Vergessenheit gerathen. Reichhaltige Nachweisungen giebt Wolfram ab Haugwitz, De vi Novellae 115 in testamento militis (Halae 1869). Der nach meinem Bedünken durchschlagende Grund für die Richtigkeit dieser Ansicht ist folgender. Vor der Nov. 115 waren auch Soldaten bei ihren Testamenten an das sog. formelle Notherbenrecht gebunden. Da sie indessen keinerlei Formen zu beobachten brauchten, und da es ferner nicht nöthig war, Gründe für eine Exheredation anzugeben: so musste die wissentliche Uebergehung eines Notherben im Testamente eines Soldaten für eine genügende Exheredation gelten. (S. 217 fg.) Seit der Nov. 115 aber muss jede Unterlassung der Erbeinsetzung eines Notherben durch Angabe eines gesetzlichen Grundes gerechtfertigt werden, und davon ist zu Gunsten der Soldaten keine Ausnahme gemacht. Folglich muss diese Vorschrift auch für Soldatentestamente gelten. Will man übrigens diese Gründe nicht

§. 50.

Viel bedeutender noch war die Rückwirkung der Nov. 118 auf unser Institut.

In dem ersten Capitel dieses wichtigen Gesetzes wird den Descendenten des Verstorbenen das nächste gesetzliche Erbrecht zuerkannt. Dabei giebt Justinian unter andern nach der versio vulgata folgende Vorschrift:

> Licet enim defunctus sub alterius potestate fuerit, tamen eius filios, cuiuslibet sexus sint aut gradus, etiam ipsis parentibus praeponi praecipimus, quorum sub potestate fuerit qui defunctus est, in illis videlicet rebus, quae secundum nostras alias leges patribus non acquiruntur (nam in usu harum rerum, qui debet acquiri aut servari, nostras de his leges parentibus custodimus): sic tamen rel.

Ist diese Bestimmung auch auf das castrense und quasi castrense peculium zu beziehen? Ob sie es ihrem Wortlaute nach begreife, könnte aus einem doppelten Grunde bezweifelt werden: erstens wegen der einschränkenden Bemerkung: in illis videlicet rebus, quae secundum *nostras alias leges* patribus non acquiruntur, wobei es nahe liegt, an die Gesetze Justinian's über die Adventicien zu denken, zweitens weil die Rede ist von dem *usus* harum rerum, qui parentibus debet acquiri aut servari, eine Aeusserung, welche jenen Gedanken zu unterstützen und völlig zu befestigen scheint. Allein beides sind in der That nur Schein-

---

für triftig genug anerkennen, und z. B. Schilter in der Prax. iur. Rom. in foro Germ. Exercit. XXXVIII. §. 114 hält sie nicht für zutreffend, so verdient doch jedenfalls folgende Bemerkung Schilter's alle Beachtung: Ceterum quum moribus et iure Germanorum privilegium hoc militare sit restrictum minusque liberum, itaque exinde facilius *obtinuit usu fori contraria sententia*, ut etiam adversus testamentum militare inofficiosi querela locum habeat et *novella Iustinianea de testamentis generatim etiam de militaribus et aliis privilegiatis intelligatur.* Und damit stimmt auch überein eine Aeusserung Brunnemann's in seinen Consilia cons. XI. nr. 2: Veriorem puto esse sententiam eorum, qui negant dictis legibus per Nov. 115 derogari — — —, *fatendum tamen, huic sententiae communiter a Practicis contradici.* Vgl. Haugwitz p. 31.

gründe. Bei den „nostrae aliae leges“ ist es durchaus nicht nöthig, an bestimmte einzelne, erstmals von Justinian gegebene Gesetze zu denken; sondern man kann dabei eben so gut denken an den gesammten Inhalt der drei Rechtsbücher. Und diese Auslegung empfiehlt sich hier um so mehr, als Justinian in cap. 3 §. 1 in f. der Novelle den Ausdruck „nostrae leges“ ganz unzweifelhaft in dem nämlichen Sinne gebraucht.[1]

Die andere Bemerkung aber wegen des usus ist dem ganzen Zusammenhange nach nicht zu deuten auf die Nutzung, welche dem Gewalthaber bei Lebzeiten des verstorbenen Hauskindes zugestanden, sondern auf diejenige, welche ihm nach dem Tode desselben gebürt. So verstanden, liegt denn aber in dieser Bemerkung sogar eine sehr kenntliche Hinweisung auf das castrense peculium. Denn bei dem usus, qui debet acquiri kann dann vorzugsweise nur an das castrense und quasi castrense peculium gedacht werden, während sich der usus, qui debet servari auf die Adventicien bezieht.[2]

Die Frage nach dem Wortverstande der gedachten Bestimmung ist indessen eine ziemlich gleichgültige. Denn dass ihr Inhalt jedenfalls auch in Ansehung des castrense peculium maassgebend sei, lässt sich schon um deswillen nicht bezweifeln, weil

---

1) Es heisst dort nämlich: secundum personarum numerum inter eos hereditas dividatur, quod in capita *nostrae leges* appellant. Vgl. damit Nov. 118 cap. 1 verb.: quam successionem in stirpes vocavit *antiquitas*.

2) Wenn das Kind des Verstorbenen, welches das castrense oder quasi castrense peculium desselben erbt, selbst noch in der Gewalt seines Grossvaters steht, so versteht sich von selbst, dass der letztere nunmehr die Nutzung und Verwaltung jener ererbten Güter erhält, denn „castrensia esse mutatione personae desierunt“: L. 90 §. 1 D. de acq. v. om. her. 29, 2. Cujacius in der Expos. Nov. 118 hat dieses zwar bestritten, aber s. dagegen Pinellus, Var. resol. lib. I. cap. V. nr. 55 (p. 100 sq.), Retes cap. IX. §. 8 (p. 271). Vgl. auch Iuliani Epit. (ed. Pith.) const. CIX. cap. 1. — Dass sich die Nov. 118 cap. 1 nicht auf die bona castrensia und quasi castrensia, ja nicht einmal auf die in den LL. 3, 4 C. de bon. quae lib. 6, 61 und in der L. ult. C. comm. de succ. 6, 59 genannten Güter beziehe, wird behauptet von Pinellus l. c. nr. 53 (p. 99 sq.); allein dennoch, sagt er in nr. 54, sei die Bestimmung a fortiori auch auf die bona castrensia und quasi castrensia anzuwenden. Anders und richtiger die glo. Parentibus und Acquiruntur ad Auth. de hered. ab. intest. Coll. IX. tit. 1 cap. 1.

damit ja gar nichts neues eingeführt, sondern nur das bereits geltende Recht bestätigt worden ist.

Anders verhält es sich mit dem zweiten Capitel der Novelle. Justinian macht darin eine Neuerung, der sich an folgenreichem Einflusse in der Geschichte des castrense peculium bloss die früher besprochenen Verordnungen Hadrian's an die Seite stellen lassen, und welche die seit der ersten Kaiserzeit begonnene Entwickelung des Institutes zu ihrem endlichen vollen Abschlusse gebracht hat.

An und für sich tritt freilich diese Neuerung nur sehr anspruchslos und unscheinbar auf. Der Kaiser verordnet, dass in Ermangelung von Descendenten des Verstorbenen seine Ascendenten und vollbürtigen Geschwister zur Erbfolge gelangen sollten, und fügt bei:

> *differentia nulla servanda inter personas istas*, sive feminae, sive masculi fuerint, qui ad hereditatem vocantur, et sive per masculi, sive per feminae personam copulantur, et *sive suae potestatis*, *sive sub potestate fuerit is*, *cui succedunt.*

Die ausgezeichneten Worte können nicht anders verstanden werden, als dass in Zukunft zwischen der juristischen Behandlung des nachgelassenen Vermögens eines Gewaltfreien und eines Gewaltuntergebenen kein Unterschied mehr sein solle, und dass namentlich der Gewalthaber des Verstorbenen, welcher sei es allein, sei es neben andern Ascendenten oder Geschwistern den Nachlass ganz oder theilweise erhalte, ihn immer nur erhalten solle vermöge gleichen Rechtes, wie andere Ascendenten oder Geschwister, das heisst niemals mehr nach Peculienrechte, sondern stets nur als Erbschaft und nach dem gewöhnlichen Erbschaftsrechte.

Auf das castrense und quasi castrense peculium angewandt, ergiebt sich, dass dieses Vermögen, gleich den Adventicien, mit denen es auch hier wieder Hand in Hand geht, nunmehr ganz und gar den gewöhnlichen Regeln des gesetzlichen Erbrechtes folgt.

Dieses Ergebniss wird denn auch von jeher so gut wie einstimmig anerkannt.[3]

---

3) Die Einstimmigkeit ist so gross, dass ich mich auf folgende Belege beschränke: Glo. Iure communi ad pr. I. qu. non est perm. 2, 12,

§. 51.

Es wird sich jetzt darum handeln, die weitern Folgen der eingetretenen Veränderung zu bestimmen.[1]

---

glo. Parentibus ad Auth. de hered. ab intest. Coll. IX. tit. 1 cap. 1, glo. Non quasi hereditas ad L. 2 D. de cast. pec. 49, 17, glo. Testamento ad L. 17 pr. D. eod. und viele andere Glossen; Bartolus ad L. 1 D. eod.: „De iure vero Authenticorum *non est dubium*, secundum *glossam et omnes*, quod filiusfamilias in omnibus habet heredem: Auth. de hered. ab intest. §. Si igitur defunctus"; Pinellus, Var. resolut. lib. l. cap. V. nr. 58, 59 (p. 101 sq.); Retes cap. IX. nr. 8—10 (p. 271); Guil. Ranchinus, Tractat. de succ. ab intest. §. 11 nr. 3, 4 (Meerman Thes. III. p. 211); Lauterbach, Colleg. theor.-pract. XV, 1 §. 11: „Novissimo Novellarum iure *nulla est controversia*, quin res quoque peculii castrensis iure hereditario secundum ordinarium succedendi ordinem deferantur: Nov. 118 cap. 2 in f."; Heimbach in Weiske's Rechtslexikon VII. S. 870, 873; endlich alle neuern Lehrbücher. Gleichwohl sind immerhin einige, wenn auch sehr spärliche Vertreter der andern Meinung anzutreffen, dass auch nach dem neuesten Rechte und trotz der Nov. 118 das castrense peculium unter Umständen iure peculii an den Gewalthaber des Verstorbenen komme. Dahin gehören: Salicetus ad L. 3 C. de bon. proscr. 9, 49 nr. 2; Marc. Ant. Bauerius (Ende des 15. und Anfang des 16. Jahrh.), Super Institut. (Lugd. 1523) tit. qui test. fac. poss. in princ. nr. 29 (Beide geben dem Gewalthaber die Wahl, ob er das ihm ab intestato deferierte castrense peculium als heres oder iure peculii haben wolle); Franc. Balduinus ad pr. I. qu. non est perm. 2, 12 verb.: „nullis liberis v. fratribus" und „iure communi" (Er giebt dem Gewalthaber jene Wahl bloss dann, falls er allein zur Erbfolge berufen sei); Herm. Vultejus ad Inst. II, 9 per quas pers. nr. 10 (Er lässt unter der so eben genannten Voraussetzung allemal das ius peculii eintreten). Unbedingt erklären sich für die Fortdauer des frühern Rechtes: Cujacius in lib. II. Defin. Papin. ad L. 17 D. de cast. pec. init.; Franc. Hotmannus, Consil. XXI. nr. 4 (Lugd. 1599 p. 109 sq.); Ant. Faber, Error. pragm. Dec. XLIII. err. 10 nr. 4—7 und Rational. in L. 2 D. de SC. Maced. (Anders freilich in den Error. ibid. err. 5 nr. 16), endlich Enenkel, De privil. parentum et liberorum (1618) Privil. X. nr. 46. Diese von der herrschenden Lehre abweichenden Stimmen, bei deren Aufzählung ich nach Vollständigkeit gestrebt habe, sind, wie man sieht, nur so vereinzelt, und sie lauten überdies zum grössten Theil so verclausuliert, dass sie nicht einmal im Stande sind, die Annahme einer ganz feststehenden Usualinterpretation zu beeinträchtigen.

1) Eine ausführliche Erörterung dieser Fragen findet sich bei Pinellus, Variar. resolut. lib. I. cap. V. nr. 60 sqq. (p. 102 sqq.)

Was diese Frage anlangt, so versteht sich natürlich so viel ganz von selbst, dass kraft der Nov. 118 alles weggefallen ist, was mit dem Umstande, dass früher das castrense und quasi castrense peculium eines testamentlos verstorbenen Haussohnes seinem Gewalthaber nach Peculienrechte anheimfiel, unmittelbar und untrennbar zusammenhieng. Dieses gilt also von den oben in dem §. 35 unter Nr. 1, 2 und 3 genannten Sätzen. Der Vater erwirbt jetzt das ihm deferierte castrense peculium seines verstorbenen Haussohnes nur noch durch eine besondere Annahmserklärung (nämlich durch die gewöhnliche Erbschaftsantretung), transmittiert es auf seine Erben nur noch in Gemässheit der gewöhnlichen Grundsätze, wie sie bei Erbschaften gelten, und haftet den Gläubigern des Verstorbenen nicht mehr bloss während eines annus utilis und bis zum Belange des castrense peculium, sondern in der nämlichen Weise, wie jeder andere Erbe.[2] Ferner können natürlich auch die in der L. 33 pr., §. 1 D. de A. R. D. 41, 1, der L. 14 §. 1, 2 D. h. t. 49, 17, der L. 18 pr. D. de stip. serv. 45, 3, endlich der L. 19 §. 5 D. h. t. 49, 17 erörterten Fragen nicht mehr vorkommen. (Vgl. §. 40—42.)

Wie verhält es sich aber mit den übrigen Sätzen, welche, obwohl mit jenem Anfall an den Gewalthaber nach Peculienrechte bei testamentlosem Tode des Sohnes nicht so eng und unlösbar verschlungen, mit ihm doch das gemein hatten, dass sie ebenfalls blosse Ueberbleibsel des frühern Rechtszustandes waren, in welchem das castrense peculium noch gar nicht als eigenes Vermögen des Haussohnes betrachtet ward? Hierher gehört namentlich die Geltung mancher durch Eigenthum bedingter Verfügungen des Gewalthabers über castrensische Sachen, falls er es war, welchem nach dem Tode des Sohnes das castrense peculium zukam, und zwar nicht bloss, wenn es ihm wegen Mangels eines Testamentes als Peculium zukam, sondern auch, wenn er es aus dem Testamente des Sohnes als Erbschaft erhielt. (§. 37—39.) Ferner die erst im Justinianischen Rechte wieder aufgenommene Fähigkeit des Gewalthabers, dem Haussohn unschädliche Rechts-

2) Vgl. glo. Testamento ad L. 17 pr. D. de cast. pec.; Bartolus ad L. 17 pr. cit.; Pinellus nr. 62, 65.

handlungen in Ansehung castrensischer Sachen sogar mit sofortiger Gültigkeit und Wirksamkeit vorzunehmen. (§. 47.) Endlich die Verwandlung des castrense peculium in ein gewöhnliches Peculium, falls der Haussohn schimpflich aus dem Heer entlassen oder zu einer mit Vermögensconfiscation verbundenen Strafe verurtheilt ward. (§. 36.)

Die Antwort auf diese Frage ist bei weitem nicht eben so leicht und selbstverständlich, als die auf die vorige. Denn es lässt sich nicht verkennen, dass zwei verschiedene Arten der Behandlung möglich waren.

Auf der einen Seite konnte man behaupten, dass die gedachten Sätze trotz der Nov. 118 fortgelten müssten, da sie gar keine blossen Consequenzen desjenigen gewesen, was allein durch diese Novelle beseitigt worden sei: nämlich des Erwerbes nach Peculienrechte, und nicht nach Erbschaftsrechte, falls nach testamentlosem Tode des Haussohnes das castrense peculium an den Gewalthaber gekommen.

Man konnte aber mit gar nicht geringerer Berechtigung auch einen freiern Standpunkt einnehmen. Jene Sätze, konnte man sagen, waren nichts weiter, als Ausflüsse einer allgemeinern Regel. Der Regel nämlich, dass, wo immer dies nicht den Rechten des Haussohnes oder darauf sich gründenden Rechten Dritter zum Schaden gereiche, das Verhältniss des Gewalthabers zu dem castrense peculium noch ganz nach Maassgabe des ältern Rechtes zu beurtheilen sei, nach welchem das castrense peculium ungeachtet mancher Eigenthümlichkeiten juristisch doch nur als ein Peculium, das heisst als ein dem Gewalthaber gehöriges Vermögen sich darstellte. (§. 44 und 47.) Nun war aber auch jener Erwerb nach Peculienrechte und nicht nach Erbschaftsrechte nur ein blosser Ausfluss dieser Regel, und zwar bei weitem der vornehmlichste und praktisch wichtigste. Ist also diese wichtigste Consequenz der Regel durch die Nov. 118 aufgehoben worden, so lässt sich dem vernünftiger Weise keine andere Deutung geben, als diejenige, dass die ganze Regel nicht mehr gelten solle. Das führt denn von selbst zu dem Wegfall ihrer sämmtlichen Consequenzen.

Welcher von diesen beiden möglichen und zulässigen Arten der Behandlung der Vorzug zu geben, konnte mit allem Fuge zweifelhaft sein. Für solche Fälle des Zweifels bestand aber die ausdrückliche Verordnung, dass an den Kaiser berichtet und von diesem selbst, welchem allein die Befugniss der Gesetzesauslegung zukomme, die Entscheidung erbeten werden solle.[3] Gesetzt, es wäre wegen unserer Frage eine Bitte der Art an den Kaiser ergangen: wie ist wohl anzunehmen, dass er würde entschieden haben? Ich glaube, wir dürfen in seinem Geiste unbedenklich antworten, dass er die Entscheidung in dem weitern, freiern Sinne gegeben hätte. Denn beachten wir nur, unter welchen Verhältnissen er die Nov. 118 erliess! Ein halbes Jahr vorher, im Dezember 542, hatte er durch die Nov. 117 cap. 1 das Gebiet der sog. adventicia extraordinaria erheblich erweitert und dabei ausdrücklich bestimmt, an diesen Gütern solle der Gewalthaber weder den Niessbrauch, noch sonst irgend welchen Theil haben (*μηδὲ* usumfructum, *μηδὲ τὴν οἱανοῦν παντελῶς μετουσίαν ἔχειν*). Mit dieser unzweideutigen und entschiedenen Art des Ausdruckes ist es nicht zu vereinigen, dass in Betreff der zu den adventicia extraordinaria gehörigen Sachen der Gewalthaber etwa dennoch durch Eigenthum bedingte Rechtshandlungen und Verfügungen sollte vornehmen können, sofern sie nur dem Sohne keinen Nachtheil brächten. Nicht minder fehlt es an jedem Grunde, die irregulären Adventicien im Fall der Verurtheilung des Sohnes zu einer mit Vermögensconfiscation verbundenen Strafe dem Gewalthaber zuzusprechen; denn aus welchem Gesichtspunkte wollte man dieses rechtfertigen? Können wir aber ernstlich an die Möglichkeit und Wahrscheinlichkeit glauben, dass Justinian dem Gewalthaber mehr Befugnisse in Ansehung des castrense peculium hätte lassen wollen, als in Ansehung der adventicia extraordinaria? Sicherlich nicht, und mich dünkt, wir würden daher schon durch die Nov. 117 und vermöge eines argumentum a fortiori genugsam berechtigt sein, die hier in Frage stehenden Sätze für aufgehoben zu erklären.

3) L. 12 §. 1 C. de legib. 1, 14; L. 2 §. 21 C. de vet. iure enucl. 1, 17; Nov. 113 cap. 1 pr. in f. Savigny, System I. S. 301 ff.

Auch beachte man noch folgendes! Jene Sätze standen in einer engen Beziehung zu dem Grundsatze, der früher gemeinen Rechtens war, dass jeder Erwerb eines Hauskindes für den Gewalthaber geschehe. Sie liessen sich daraus rechtfertigen, dass, soweit nicht das singuläre Privilegium des Haussohnes in den Weg trete, das gemeine Recht zur Geltung und Anwendung kommen müsse. In dem Justinianischen Rechte ist aber dieses frühere gemeine Recht verschwunden. Gemeines Recht ist jetzt vielmehr gerade der umgekehrte Grundsatz, dass Hauskinder, was sie erwerben, für sich selbst erwerben. Jene Consequenzen des alten gemeinen Rechtes konnten daher in dem System des Justinianischen Rechtes nur noch als eben so viele Singularitäten erscheinen, Singularitäten, welche überdies die Einfachheit des Rechtes empfindlich beeinträchtigten und seine praktische Anwendung bedeutend erschwerten. Dürfen wir annehmen, dass es Justinian's Wille gewesen, dergleichen störende Ruinen einer überlebten Vergangenheit zu conservieren? Man wird vielleicht einwenden, dass diese Erwägungen, gesetzt dass sie wirklich für so gewichtig befunden worden wären, sich schon bei der Abfassung der Digesten hätten geltend machen, und also schon die Aufnahme jener Sätze in die Digesten und in die zweite Ausgabe des Codex hätten verhüten müssen. Wohl; aber es ist bekannt, dass man bei der Abfassung der drei Rechtsbücher noch eine gewisse Scheu vor durchgreifenden Aenderungen hatte, und diese Scheu lässt sich leicht begreifen und war den damaligen Umständen nach nur zu billigen. In dem Novellenrechte dagegen ist von einer solchen Scheu nichts mehr zu spüren, und gerade in der Nov. 118 hat Justinian in vielen Stücken sehr entschieden mit dem bisherigen Rechte gebrochen. Wenn wir daher finden, dass er in diesem Gesetze von den seither noch vorhandenen Nachwirkungen des erwähnten frühern gemeinen Rechtes die wichtigste, nämlich den Erwerb des Vermögens testamentlos verstorbener Hauskinder nach Peculienrechte in dem Fall, dass es an den Gewalthaber kam, ausdrücklich beseitigte: so dürfen wir dieses, namentlich in der Verbindung mit der Nov. 117 cap. 1, unbedenklich als einen Ausdruck der Meinung betrachten, dass jene Nachwirkungen sämmtlich und überhaupt

nicht weiter gelten sollten. Viele andere Veränderungen, die allgemein als einfache Folgen der Nov. 118 anerkannt werden, sind darin nicht ausdrücklicher und unmittelbarer ausgesprochen, als diejenige, welche hier in Frage steht.

Dazu kommt noch, was insbesondere die Vorschrift der L. 3 C. de bon. proscr. 9, 49 anlangt, wonach im Fall der Verurtheilung des Haussohnes wegen eines mit Vermögensconfiscation bedrohten Verbrechens das castrense peculium gleich einem gewöhnlichen Peculium dem Gewalthaber zufallen soll, dass diese Vorschrift nicht füglich mit den Bestimmungen einer andern Novelle, der Nov. 134 cap. 13 vom 1. Mai 556, vereinbar ist. Hier wird nämlich verordnet, dass das Vermögen desjenigen, der kraft richterlichen Strafurtheils eine Vermögensconfiscation verwirkt habe, nicht mehr sofort an den Fiscus kommen solle, sondern zuvörderst an etwa vorhandene Descendenten des Verbrechers, bei Nichtvorhandensein von Descendenten aber an seine Ascendenten bis zum dritten Grade, und erst in Ermangelung auch von solchen an den Fiscus. Offenbar hängt dieser Vorzug der Descendenten vor den Ascendenten mit ihrem Vorzuge in der gesetzlichen Erbfolge zusammen. Nun haben aber auch in Ansehung des castrense und quasi castrense peculium eines Haussohnes seine Descendenten nähere Erbansprüche, als seine Ascendenten. Man wird also jedenfalls anerkennen müssen, dass die L. 3 C. cit. mindestens durch die Nov. 134 cap. 13 aufgehoben sei.[4]

Nur von der L. 26 D. de test. mil. 29, 1 lässt sich die Fortgeltung auch noch im neuesten römischen Rechte behaupten und vertheidigen. Aber freilich in keinem weitern als in ihrem nächsten Wortsinne, das heisst allein in dem Sinne, dass ein Haussohn durch schimpfliche Verabschiedung vom Kriegsdienste die Testierbefugniss über sein castrense peculium einbüsse, dieses also bloss noch als ein adventicium extraordinarium behalte.

---

4) Dieser Ansicht sind z. B. Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechts §. 565 Anm. 11; Puchta, Pandekten und Vorlesungen §. 435. Schon im Hinblicke auf die Nov. 118 wird die Aufhebung der L. 3 C. cit. angenommen von Marezoll in der Zeitschrift f. Civilr. u. Proc. XIII. S. 212; vgl. ebendas. VIII. S. 366 Anm. 3. Nicht ganz unwichtig ist, dass die L. 3 C. cit. in den Basiliken fehlt.

Denn die Befugniss, über das castrense und quasi castrense peculium sogar letztwillig zu verfügen, erscheint, wie aus der L. 37 C. de inoff. test. 3, 28, der L. 11 C. qui test. fac. 6, 22, dem §. ult. I. de milit. test. 2, 11 und dem pr. I. qu. non est perm. 2, 12 erhellt, auch noch dem Justinianischen Rechte als ein besonderes Privilegium. Dem Haussohne gemäss der L. 26 D. cit. dieses Privilegium abzusprechen, falls er sich die schimpfliche Entlassung vom Heere zuzieht, steht mit den Grundsätzen auch selbst des neuesten Justinianischen Rechtes auf keinerlei Weise in Widerstreit.[5]

Dagegen müssen in Rücksicht auf diese Grundsätze für gänzlich aufgehoben und unanwendbar angesehen werden ausser der erwähnten Vorschrift der L. 3 C. de bon. proscr. 9, 49 die folgenden Entscheidungen der Digesten:

1) Der Ausspruch der L. 1 §. 22 D. de collat. 37, 6, dass ein Emancipierter bei der Beerbung seines Vaters seinen Geschwistern das castrense peculium seines schon vor jenem Erblasser verstorbenen Haussohnes conferieren müsse, falls er es sei, dem das castrense peculium zukomme, gesetzt auch, dass ihm dieses als Erbschaft und nach Erbschaftsrechte deferiert, der Erbschaftsantritt aber erst nach dem Tode des zu beerbenden Grossvaters erfolgt wäre. (§. 38.) Freilich ist die L. 1 §. 22 D. cit. auch schon aus dem andern Grunde unanwendbar geworden, weil in Folge der Novellen 115 und 118 nach richtiger Ansicht das ganze Institut der Collation Emancipierter als solcher nicht mehr besteht.[6]

2) Die Entscheidung der L. 18 pr. D. h. t., dass der von dem Gewalthaber des Haussohnes zum Erben eingesetzte castren-

---

5) An der fortdauernden Geltung der L. 26 D. cit. in dem angegebenen Sinn ist, soviel ich sehe, niemals gezweifelt worden. Vgl. z. B. Angelus de Ubaldis ad h. l.; Lauterbach, De peculio filiorumf. §. VII. not. 3 (In Diss. acad. vol. III. nr. 110 p. 318); Glück, Commentar XIV. §. 906 IV. (S. 362); Thibaut, System des Pandektenr. 8. Ausg. §. 251; Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechts §. 641 Anm. 10; Puchta, Pandekten §. 463 unter Nr. 5; Vangerow, Lehrb. der Pand. II. §. 428 II. (7. Aufl. S. 73); Sintenis, Pract. gem. Civilr. III. §. 141 Anm. 57; Keller, Pandekten §. 416 Nr. 1.

6) S. Fein, Das Recht der Collation S. 138 ff.

sische Sklave seinen Herrn zum necessarius heres des Erblassers mache. (S. 354.)

3) Der in der L. 15 §. 3 D. h. t. durch das Wort „simpliciter“ angedeutete Satz, dass eine von einem castrensischen Sklaven zu Gunsten und auf den Namen des Gewalthabers seines Herrn vorgenommene Stipulation für gültig zu achten, falls sie unter einer Bedingung geschehen, welche erst eintrete, nachdem bereits das castrense peculium aus irgend einem Grunde an den Gewalthaber gekommen. (S. 266.)

4) Die Erklärung mehrerer Stellen: der L. 9 D. h. t. verb. „Denique“ rel., der L. 19 §. 3 und 5 D. eod. und der L. 20 D. eod., dass die directe Freilassung eines castrensischen Sklaven in dem schon bei Lebzeiten des Haussohnes errichteten Testamente des Gewalthabers dem Sklaven die Freiheit verschaffe, falls der Gewalthaber den Haussohn überlebe und das castrense peculium wegen Mangels eines Testamentes oder auch aus dem Testamente des Sohnes erwerbe.[7] Nicht minder natürlich die damit zusammenhängende weitere Entscheidung der L. 9 cit. verb. „Unde Marcellus“ rel., dass unter der genannten Voraussetzung der Sklave auch necessarius heres des Gewalthabers werde, wenn ihn dieser mit der Freiheit zugleich zum Erben eingesetzt hätte. (S. 264 fg.)

5) Die Entscheidung der L. 9 D. h. t. 49, 17 und der L. 44 pr. D. de legat. I. (30), dass das bei Lebzeiten des Haussohnes in dem Testamente des Gewalthabers angeordnete Vermächtniss einer castrensischen Sache als ein Vermächtniss einer zur Zeit der Testamentserrichtung im Eigenthum des Testators gewesenen Sache betrachtet und behandelt werden müsse, falls letzterer seinen Haussohn überlebt habe und ihm das castrense peculium zugekommen sei. Es kann aber freilich die Frage entstehen, ob in dem Justinianischen Rechte auf die Geltung oder Nichtgeltung dieser Entscheidung überhaupt noch etwas ankomme;

---

7) Vgl. §. 2 in f. I. de sing. reb. per fid. 2, 24 verb.: nec ullus alius directo ex testamento libertatem habere potest, quam qui *utroque tempore* testatoris fuerit, et quo faceret testamentum, et quo moreretur; L. 35 D. de manum. test. 40, 4.

und diese Frage ist zu verneinen. Denn nach dem Justinianischen Rechte verschafft auch das Vermächtniss einer zur Zeit der Testamentserrichtung dem Testator nicht gehörigen Sache dem Vermächtnissnehmer unmittelbar das Eigenthum derselben, gesetzt nur, dass sie zur Zeit des Todes des Testators in seinem Eigenthum gewesen.[8] — Unanwendbar geworden ist ferner:

6) der Ausspruch der L. 98 §. 3 D. de solut. 46, 3, dass derjenige, welchem der Gewalthaber bei Lebzeiten des Haussohnes eine castrensische Sache zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegeben, bei testamentlosem Tode des Haussohnes vor dem Gewalthaber das Eigenthum der Sache erwerbe. (S. 268 ff.) Endlich hat die Anwendbarkeit verloren:

---

8) Vgl. Marezoll in der Zeitschr. für Civilr. und Proc. IX. S. 284; Arndts in Weiske's Rechtslexikon VI. S. 309 a. E. Man könnte allerdings von einer ganz andern Seite her versuchen, dem in den LL. 9 und 44 pr. citt. enthaltenen Ausspruche auch noch für das Justinianische Rechte eine Erheblichkeit zuzuschreiben. Das Vermächtniss einer fremden Sache, könnte man nämlich sagen, ist selbst nach dem Justinianischen Rechte in der Regel ungültig und nur dann ausnahmsweise gültig, wenn der Testator gewusst hat, dass die Sache nicht sein Eigenthum sei: §. 4 I. de legat. 2, 20; L. 21 D. de probat. 22, 3; L. 67 §. 8 D. de legat. II. (31); L. 10 C. de legat. 6, 37. Gesetzt also, der Testator hätte die von ihm vermachte castrensische Sache seines Haussohnes zur Zeit der Testamentserrichtung für seine eigene gehalten: so macht es einen grossen Unterschied, ob man jenen Ausspruch noch für maassgebend ansieht, oder nicht. Ersten Falls stellt sich das Vermächtniss nachträglich als ein Vermächtniss einer eigenen Sache des Testators, folglich als gültig heraus, falls dieser vor seinem Tode das castrense peculium erworben hat. Letzten Falls dagegen erscheint das Vermächtniss unter allen Umständen als ein irrthümliches Vermächtniss einer fremden Sache, mithin als ungültig, und diese Ungültigkeit kann in Gemässheit des Grundsatzes: „quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere" dadurch, dass der Testator später das Eigenthum der Sache erlangt, nicht gehoben werden. Allein es erhellt ganz klar aus der L. 67 §. 8 D. cit., dass dadurch die Ungültigkeit allerdings gehoben wird; wird sie doch nach dieser Stelle sogar schon dadurch gehoben, dass zur Zeit des Todes des Testators der belastete Erbe Eigenthümer der Sache ist. Vgl. auch Arndts a. a. O. S. 328 und Lehrbuch der Pand. §. 569 Nr. 3 a. E.; Unger, Das österreich. Erbrecht §. 67 Anm. 10.

7) die in der L. 18 §. 3 D. h. t. 49, 17 auftretende Regel, dass der Gewalthaber reine Erwerbacte in Ansehung castrensischer Sachen gültig vornehmen könne, selbst wenn sie, wie der Erwerb von Dienstbarkeiten für ein Grundstück oder die Befreiung eines Grundstückes von Dienstbarkeiten, zu denjenigen gehören, wozu die Fähigkeit nur dem Eigenthümer zusteht. (S. 354 ff.)

Es mag vielleicht diesen Behauptungen zu einer nicht ganz und gar verächtlichen Bekräftigung dienen, dass mit Ausnahme von dreien die sämmtlichen genannten Stellen in den Basiliken fehlen. Es fehlen nämlich: die LL. 9, 15, 18, 19, 20 D. h. t.,[9] ferner die L. 1 §. 22 D. de collat. 37, 6, endlich die L. 3 C. de bon. proscr. 9, 49. Dagegen findet sich als Bas. XXXV, 21 cap. 21 die L. 26 D. de test. mil. 29, 1, von der wir gesehen haben, dass kein Grund ist, ihre fortdauernde Geltung zu verneinen. Ferner finden sich die L. 44 pr. D. de legat. I. (30) als Bas. XLIV, 1 cap. 42 thema 1 und die L. 98 §. 3 D. de solut. 46, 3 als Bas. XXVI, 5 cap. 98 thema 2. Allein auch diese beiden Stellen, namentlich so, wie sie in den Basiliken lauten, sind von der Art, dass, wenn man nur eine recht äusserliche, bloss auf das unmittelbar praktische Ergebniss gerichtete Betrachtung anwendet, wie sie doch im Sinne der Verfasser der Basiliken gewiss nicht weniger, als in demjenigen der Verfasser der Justinianischen Rechtsbücher lag, — dass, sage ich, dann auch ihre Fortgeltung sich recht wohl behaupten lässt. Denn, wenn die Basiliken (nach dem Tipucitus) das Vermächtniss einer castrensischen Sache seines Haussohnes von Seite des Gewalthabers für gültig erklären, falls dem letztern vor seinem Tode das castrense peculium zugefallen: so ist dieses, wie wir gesehen haben, auch nach dem neuesten Justinianischen Rechte (und

9) Wir besitzen freilich von dem entsprechenden Titel 2 des 57. Buches der Basiliken nur, was daraus in die Synopsis Basilicorum aufgenommen ist, und wir können aus den Zahlenangaben in der letztern entnehmen, dass der Titel in den Basiliken mehr Stellen enthalten hatte. Immerhin beweist dann aber mindestens die Nichtaufnahme der genannten Stellen in die Synopsis, dass sie für nicht mehr anwendbar gehalten wurden.

ebenso noch nach unserm heutigen Rechte) vollkommen richtig. Aehnlich verhält es sich mit dem andern, der L. 98 §. 3 D. cit. entnommenen Ausspruche des Gesetzbuches. Wenn, so lautet er, ein Vater als Schuldner eine castrensische Sache seines Haussohnes zur Erfüllung gebe, so sei er anzusehen als einer, der eine fremde Sache gegeben, es müsste denn vor ihm sein Sohn testamentlos versterben. Das heisst also: wenn er nach dem Tode seines vorverstorbenen Sohnes das castrense peculium erwirbt, so stellt sich nunmehr praktisch alles so, als hätte er durch Hingabe einer eigenen Sache erfüllt. Auch dieses ist völlig zutreffend, weil der Empfänger und seine Rechtsnachfolger jeder Eigenthumsklage des Gebers und seiner Rechtsnachfolger eine exceptio doli entgegensetzen können. (S. 269 fg.)

Wir gelangen also aus den mannigfaltigsten, sowohl innern, als äussern Gründen zu dem einfachen Ergebnisse, dass im neuesten Justinianischen Rechte das castrense peculium alle Ueberreste seiner ursprünglichen Peculiennatur vollends abgestossen hat und zu einem Vermögen geworden ist, welches, sofern nicht etwa der Haussohn durch schimpfliche Ausstossung aus dem Kriegsdienste die Testierbefugniss verloren, ganz und gar und in allen Beziehungen wie das Vermögen eines Gewaltfreien zu betrachten und zu beurtheilen ist.

Damit ist denn die geschichtliche Entwickelung des castrense peculium zu ihrem vollen Abschlusse gelangt. Ursprünglich ein reines Peculium, das heisst ein juristisch nicht dem Haussohne, sondern lediglich seinem Gewalthaber gehöriges Gut, hat es seit der ersten Kaiserzeit nach und nach immer mehr Elemente eines eigenen Vermögens des Haussohnes in sich aufgenommen und ist so zuletzt ein vollkommen eigenes Vermögen des Haussohnes geworden, welches ganz und gar wie das Vermögen eines Gewaltfreien behandelt wird, und welchem der Gewalthaber nicht anders, als dem Vermögen irgend eines Dritten, gegenübersteht. Ein Entwickelungsprocess der interessantesten und merkwürdigsten Art; ein allmählicher Uebergang von einem Gegensatze zu dem andern, wie ihn so schön, so fertig und so genau verfolgbar das ganze weite Gebiet des römischen Rechtes vielleicht nicht zum zweiten Mal aufzuweisen hat.

§. 52.

Es bleibt mir nur noch die Aufgabe, das Verhältniss der Schriftsteller zu dem gewonnenen Ergebnisse anzugeben.

Nur ganz wenige vereinzelte Stimmen haben sich dahin vernehmen lassen, dass durch die Nov. 118 das Recht des castrense peculium überhaupt gar nicht berührt und verändert worden sei. Ich habe ihrer bereits in der Anm. 3 zu §. 50 Erwähnung gethan. Obwohl mit dem Ansehen berühmter Namen, eines Cujacius, Hotman, Anton Faber, ausgerüstet, ist es ihnen doch nicht gelungen, ihrer Lehre die Herrschaft oder selbst nur einigen Boden zu gewinnen. Vielmehr ist zu allen Zeiten die allgemein angenommene Meinung diejenige gewesen und geblieben, welche ich in dem vorigen Paragraphen auszuführen versucht habe; die Meinung nämlich, dass die Nov. 118, indem sie den Anfall des castrense peculium an den Gewalthaber nach Peculienrechte aufgehoben und an die Stelle die gewöhnlichen Grundsätze der gesetzlichen Erbfolge gesetzt, damit zugleich alles beseitigt habe, was immer von dem frühern Rechte des castrense peculium mit seiner ursprünglichen Peculiennatur zusammengehangen.

Besonders bestimmt und unzweideutig wird diese Meinung ausgesprochen von Pinellus, Variar. resolution. lib. I. cap. V. nr. 58 sqq. (p. 101 sqq.), und von Retes cap. IX. nr. 10 (p. 271). Sie findet sich aber nicht minder auch schon bei den Schriftstellern des Mittelalters; nur dass sich diese selten so geradezu und unumwunden erklären, als man wohl wünschen möchte.[1] Nur über einige einzelne Fragen bestand unter ihnen Streit. Es sind wesentlich die beiden folgenden:

1) ob der Ausspruch der L. Servum filii [46 al. 44] pr. D. de legat. I. (30) noch Geltung habe.[2] Allein wir haben gesehen,

---

1) Vgl. Cinus in L. 3 C. de bonis proscr. 9, 49; Bartolus ad L. Si finita [15] §. Si de vectigalibus D. de damno inf. 39, 2 nr. 12; Angelus de Ubaldis ad L. Si filius [21] D. de damno inf. 39, 2 nr. 2, 3; Salicetus ad L. 3 C. de bon. proscr. 9, 49 nr. 1, 2; Ioannes de Platea ad L. Intelligis [5] C. de cast. pec. 12, 37 (fol. 125 col. III.); Ioannes de Imola ad L. Si filiusf. [21] D. de damno inf. 39, 2 nr. 4.

2) Dagegen mit Berufung auf die Nov. 118 z. B. Alexander Tartagnus ad h. l. nr. 2; dafür mit Berufung auf die L. ult. D. de

dass diese Frage einer jeden praktischen Bedeutung entbehrt. (S. 376 fg.)

2) Ob noch für anwendbar zu halten die Entscheidung der L. 3 C. de bon. proscr. 9, 49, dass das castrense peculium eines von einer Vermögensconfiscation betroffenen Haussohnes nicht dem Fiscus, sondern dem Gewalthaber zufalle. Die meisten erklärten sich für die Bejahung und wollten die gleiche Behandlung sogar auch auf die Adventicien ausdehnen: beides, wie sich leicht durchblicken lässt, nicht sowohl aus Rücksichten der juristischen Consequenz, als vielmehr im Kampfe mit ihnen aus reinen Rücksichten der Billigkeit und Menschlichkeit.[3] Auch manche spätere

cast. pec. z. B. Raphael Cumanus ibid. nr. 3 und Iason ibid. nr. 11, 12. Vgl. Pinellus, Var. resol. lib. I. cap. V. nr. 66 sqq. (p. 104 sqq.).

3) Vgl. Cinus ad L. 3 C. cit.; Bartolus ad L. Si finita [15] §. Si de vectigalibus D. de damno inf. 39, 2 nr. 12; Baldus ad L. 3 C. cit.; Angelus de Ubaldis ad L. Si filiusfamil. [21] D. de damno inf. 39, 2 nr. 2, 3; Salicetus ad L. 3 C. cit. nr. 1—3 (eine gründliche und belehrende Erörterung); Ioannes de Platea ad L. Intelligis [5] C. de cast. pec. 12, 37 (fol. 125 col. III.); Raphael Fulgosius ad L. 3 C. cit. nr. 3; Ioannes de Imola ad L. Si filiusf. [21] D. de damno inf. 39, 2 nr. 4; Alexander Tartagnus ad L. Si finita [15] §. Si de vectigalibus D. eod. nr. 49. Alle diese Schriftsteller geben im Grunde zu, dass sich der Ausspruch der L. 3 C. cit. mit der Nov. 118 nicht mehr recht vertrage, sie erklären sich aber dennoch, mit Ausnahme des Angelus, sämmtlich für die fortdauernde Geltung. Der Hauptgrund ist, wie Raphael Fulgosius offen sagt, dass diese Meinung „iustior et humanior" sei. Es ist aber nicht uninteressant zu beobachten, wie man sie auch mit Rechtsgründen, so gut es eben angehen wollte, zu stützen versuchte. Die meisten halfen sich mit der von Petrus de Bellapertica herrührenden Regel: confisciert werde immer nur dasjenige Vermögen eines Verurtheilten, welches ihm nach dem gemeinen Rechte, nicht aber dasjenige, welches ihm, wie das castrense peculium, nur vermöge eines Privilegiums zustehe. Andere beriefen sich darauf, dass mit dem theoretischen Grunde einer Vorschrift noch nicht nothwendig die Vorschrift selbst wegfalle (wogegen Salicetus mit Recht bemerkt: „quod forte est falsum, ubi unica et finalis sit ratio"). Salicetus (und ebenso später Franciscus Balduinus ad pr. I. quib. non est perm. 2, 12) will gerade, um die L. 3 C. cit. zu retten, dem Gewalthaber die Wahl geben, ob er, wenn ihm nach testamentlosem Tode des Haussohnes das castrense peculium deferiert sei, dieses nach Erbschaftsrechte oder lieber nach Peculienrechte haben wolle. (S. §. 50

haben sich dieser Meinung angeschlossen.[4] Die Nov. 134 cap. 13 pflegt dabei freilich ganz übersehen zu werden.

Abgesehen von diesem Einen Punkte haben aber auch die spätern, insbesondere die deutschen Juristen so gut wie einhellig anerkannt, dass in Folge der Nov. 118 das castrense peculium zu einem Vermögen geworden, welches durchaus und in jeder Beziehung wie dasjenige eines Gewaltfreien zu beurtheilen sei. Ich will in der Anmerkung eine Anzahl von Belegen zusammenstellen.[5]

Anm. 3.) In Ansehung der Adventicien machte man noch insbesondere geltend, dass dem Hauskinde zu Gunsten des Gewalthabers jede Veräusserung untersagt sei; deshalb könne es sie denn also auch nicht durch Begehung eines Verbrechens veräussern. Und dergleichen mehr.

4) So Brunnemann ad L. 1 C. de bon. proscr. 9, 49 nr. 7, 8; Kreittmayr in den Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. Th. I. Cap. V. §. IV. nr. 1; Glück, Commentar XIV. §. 906 (S. 362); Unterholzner in der Tübinger krit. Zeitschr. f. Rechtswissenschaft V. S. 206 ff.; Thibaut, System des Pandektenrechts 8. Ausg. §. 251 Note l; Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilrechts 5. Aufl. §. 390 bei Note b (III. S. 80); Göschen, Vorlesungen §. 730 II. B.; Keller, Pandekten §. 416 Nr. 2.

5) Bachov ad Inst. II, 9 per quas pers. §. 2 nr. 2; Struvius, Syntagm. Exerc. XX. th. 66 und Petr. Müller ibid. in add. β, ferner Exerc. L. th. 43; Lauterbach, Colleg. XV, 1 §. 5, 9—11, XLIX, 17 §. 1, 5, 6; Berger, Oeconom. iur. lib. II. tit. II. th. 33, bes. not. 10; Höpfner, Institutionen-Commentar §. 431; Hofacker, Princ. iur. civ. §. 568; Günther, Princ. iur. rom. §. 459; Curtius, Handb. des chursächs. Civilrechts §. 165; Glück, Commentar II. §. 136 (1. Ausg. S. 219), XIV. §. 906 (S. 362); Thibaut, System des Pand. R. 8. Ausg. §. 251; Wening-Ingenheim, Lehrb. d. gem. Civilr. 5. Aufl. §. 390 (III. S. 80); Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenr. §. 565; Marezoll in der Zeitschr. f. Civilr. und Proc. VIII. S. 366 Anm. 3; Göschen, Vorlesungen §. 730; Puchta, Pand. und Vorles. §. 433 und 435; Sintenis, Das pract. gem. Civilr. §. 141 II.; Arndts, Lehrb. der Pand. §. 429, 431; C. O. Müller, Lehrb. der Institut. S. 647; Mackeldey's Lehrb. des röm. R. 14. Ausg. von Fritz §. 558; Holzschuher, Theorie und Casuistik I. §. 67 Nr. 8; Keller, Pandekten §. 416; Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts §. 516, bes. Anm. 1; Brinz, Lehrb. der Pand. II. S. 1186 fg. Von dieser allgemeinen Ansicht weicht unter den Neuern, so weit ich sehe, bloss Hänsel in seinen Bemerkungen und Excursen über das kgl. sächs. Civil-

Unter solchen Umständen und im Angesichte einer so grossen Einstimmigkeit von dem Mittelalter bis zu der Gegenwart dürfte jedenfalls an dem Vorhandensein einer ganz festen und entschiedenen Usualinterpretation nicht gezweifelt werden. Und dieses um so viel weniger, wenn wir bemerken, dass jenes Ergebniss sogar in mehrern deutschen Gesetzgebungsarbeiten des vorigen Jahrhunderts zur Anerkennung gelangt ist, darunter gerade in solchen, welche ausgesprochener Maassen nicht sowohl neues einführen, als vielmehr bloss das bestehende Recht in übersichtlicher Weise zusammenstellen wollen. Diese Erscheinung liefert den sichersten Beweis, dass es sich hier nicht etwa bloss um die theoretische Meinung einer Anzahl von Schriftstellern handelt, sondern um einen Satz, der als geltender Rechtssatz in dem allgemeinen Bewusstsein völlig feststand, und welcher längst auch in der Praxis zu allgemeiner Uebung gelangt war. Demnach kann an dem Dasein aller Erfordernisse eines wahren Gewohnheitsrechtes von keiner Seite her ein Zweifel aufkommen.

Jene Gesetzgebungsarbeiten sind die folgenden:

1) Das preuss. Landrecht von 1721, welches in Buch I. Tit. XIX. §. III. unter anderm verordnet:

> Wann aber der Sohn was eigenes im Krieg überkommen, oder ein ander Gut hätte, so man zu Latein castrense vel quasi castrense peculium nennet: So hat der Sohn für sich selbst allein, und der Vater wieder seinen Willen gar nichts daran zu handeln.

---

recht I. (1828) S. 383 ff. ab. Er giebt zwar zu, dass nach dem neuern und gegenwärtig gültigen Rechte das castrense peculium den gewöhnlichen Regeln der Intestaterbfolge unterliege, hält aber nichtsdestoweniger nicht nur die L. 18 §. 3 D. h. t. (S. 354) noch für anwendbar, sondern will sogar, wenn nach dem Tode des Sohnes der Gewalthaber, sei es aus dem Testamente des ersten, oder ab intestato, das castrense peculium erhalte, diesen Erwerb immer noch mit rückwirkender Kraft eintreten lassen. Diese Lehre ist mit vollem Rechte ohne Beifall geblieben. Doch scheint auch Heimbach in Weiske's Rechtslexikon VII. S. 869 bei Note 81 wenigstens der L. 18 §. 3 D. cit. noch Geltung zuzuschreiben. Man erkennt freilich nicht recht (vgl. S. 870), ob er auf der S. 869 nur klassisches Pandektenrecht, oder auch heutiges Recht vortragen will.

In dem Buch V. Tit. I. Art. I. §. V. wird sodann verfügt, dass es bei der den Kindern in väterlicher Gewalt in „Kayserlichen Rechten“ gegönnten Freiheit, „in andern ihren eigenen Gütlein, so sie in Kriegen oder durch ihre Dienste und sonsten in andre Wege erworben, Testament zu machen“, sein Bewenden behalten solle.

2) Das Project des Corporis Juris Fridericiani. Erster Theil von 1749. Dieser von dem damaligen preussischen Grosskanzler Samuel von Cocceji verfasste Gesetzentwurf war, wie darin wiederholt ausdrücklich gesagt wird (Vorrede §. 28 IV—VI., §. 30; Eingang §. 10), nicht bestimmt, das römische Recht aufzuheben und durch neues Recht zu ersetzen, sondern er hatte wesentlich nur die Aufgabe, das römische Recht so, wie man es damals verstand und wie es damals praktisch in Geltung war, klar und systematisch darzustellen. Von dem castrense und quasi castrense peculium handelt das Project in Part. I. lib. I. tit. IX. art. IV. §§. 62—68. Dabei wird über das Rechtsverhältniss bei diesen Peculien folgendes gesagt:

> §. 64. Es stehet dem Sohn in diesem Peculio (d. i. dem p. castrense) das gantze Eigenthum zu. Er besitzet es in seinem Namen, er conferiret es nicht nach des Vaters Tode, sondern disponiret davon, auch ohne des Vaters Consens, nach seinem Gefallen, dergestalt, dass er auch mit seinem Vater selbst darüber cum effectu contrahiren kann, und in Ansehung dieses Peculii pro patre familias gehalten wird.
>
> §. 65. Es hat also der Vater nicht das geringste Recht an diesem Peculio, daher derselbe weder solches administriren, noch darüber disponiren kann.
>
> Wann der Sohn verstirbet, succediret der Vater nicht allein, sondern es concurriren die Kinder und andere Verwandte nach der Successions-Ordnung.
>
> §. 67. In diesem Peculio (d. i. dem p. quasi castrense) hat der Vater gleichfalls nicht das geringste Recht, sondern es wird überall damit, wie in dem castrensi, gehalten.
>
> Wann der Sohn abwesend, oder sonst der Administration nicht fähig ist, ist der Vater legitimus administrator.

Völlig damit übereinstimmend ist

3) der Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756, welcher in der Einführungsverordnung vom 2. Januar 1756 ebenfalls wesentlich bloss als eine Codification des bereits bestehenden Rechtes angekündigt wird. In Theil I. Cap. V. §. IV. wird zuvörderst eine kurze Begriffsbestimmung des castrense und quasi castrense peculium gegeben, und dann heisst es weiter:

> Sowol in ein- als anderm werden sie (d. i. die Kinder) den Haus-Vättern und Personis sui Juris durchgehends gleich geschätzt, und hat der Vatter hierin gar nichts zu sagen, ausser wenn die Kinder noch minderjährig oder curatelmässig seynd, welchenfalls ihm die Administration dieser Güter, bis zu erlangter Majorennität gebührt.[6]

§. 53.

Das Recht des castrense peculium, wie es gegenwärtig als Stück des gemeinen Rechtes in Deutschland gilt, lässt sich hienach in folgende einfache Sätze zusammenfassen:

> Das castrense peculium ist ein Vermögen des Haussohnes, zu welchem dieser ganz und gar die rechtliche Stellung eines Gewaltfreien einnimmt, und das in jeder Beziehung völlig, wie das Vermögen eines Gewaltfreien, beurtheilt wird.
>
> Insbesondere kann der Haussohn gleich einem Gewaltfreien über dieses Vermögen auch letztwillig verfügen, ist aber dabei an die nämlichen Vorschriften, wie ein Gewaltfreier, gebunden. Namentlich muss er, wie unter gleichen Umständen ein Gewaltfreier, die gewöhnlichen Regeln des Notherben- und Pflichttheilsrechtes beobachten.
>
> Dieses Recht der letztwilligen Verfügung verliert er jedoch, wenn er vom Heer in schimpflicher Weise ausgestossen wird. (S. 374 fg.)
>
> Nur in Einem Stücke zeigt sich ein Einfluss des Gewaltverhältnisses. Wenn nämlich der Haussohn wegen Minderjährigkeit oder Geisteskrankheit oder sonstiger Ursachen sein castrense peculium nicht selbst zu verwalten vermag, so wird ihm nicht

6) Vgl. dazu die Anmerkungen von Kreittmayr Th. I. Cap. V. §. IV. Nr. 1 und 2.

ein Vormund bestellt, sondern die Verwaltung kommt kraft gesetzlicher Bestimmung dem Gewalthaber zu. (S. 358.)

Die nämlichen Regeln gelten, um dieses sogleich zu bemerken, auch für das quasi castrense peculium. Sie stimmen, wie man sieht, mit dem Inhalte der vorhin erwähnten Gesetzgebungsarbeiten vollkommen überein.

In Rücksicht auf dieses Ergebniss, nach welchem das castrense peculium von seiner ursprünglichen Peculiennatur jetzt gar nichts mehr an sich trägt, kann die Frage entstehen, ob nicht sogar seine Benennung als Peculium müsse aufgegeben werden. Puchta in den Pandekten §. 433 und in den Vorlesungen dazu hat die Festhaltung dieser Benennung entschieden für unstatthaft und geradezu für einen Fehler erklärt; es könne nur noch von bona castrensia oder quasi castrensia geredet werden. Auch Windscheid in seinem Lehrbuche des Pandektenrechts §. 516 Anm. 1 hält den Namen Peculium nicht mehr für passend. Ich kann dieses nicht zugeben. Der Name castrense peculium ist bei den Römern ein Kunstausdruck für gewisse Arten von Erwerbungen eines Haussohnes und Soldaten, — Erwerbungen, die gemeinsam einer besondern rechtlichen Auszeichnung genossen und welche daher als eine innerlich zusammengehörige Vermögensmasse betrachtet wurden. Diese Vermögensmasse hat ihre eigenthümliche Geschichte gehabt, und sie hatte sich im Verlaufe derselben schon frühzeitig von einem gewöhnlichen Peculium weit entfernt. Wenn trotzdem die römischen Juristen den Namen castrense peculium unbedenklich fortgebrauchten, so thaten sie es sicherlich nicht wegen der wenigen noch vorhandenen Ueberbleibsel seiner anfänglichen Peculieneigenschaft, sondern sie thaten es aus dem nämlichen Grunde, aus welchem sie so manche andere Kunstausdrücke beibehielten, nämlich aus dem ganz einfachen, weil jene Bezeichnung für diese Vermögensmasse einmal herkömmlich und eingebürgert war.[1]

---

1) Dabei kommt noch in Betracht, dass die Römer auch das, was ein Gewaltfreier im Kriegsdienste erwirbt, nicht selten castrense peculium nennen, und dass vielleicht die Benennung unseres Institutes von diesem Sprachgebrauche und gar nicht von dem Peculium der Gewaltuntergebenen ausgegangen ist. S. §. 2 Anm. 10.



Mit dem gleichen Rechte dürfen wir den Namen auch noch nach den neuesten Veränderungen beibehalten. Dazu kommt aber, dass er wirklich festgehalten worden ist. Justinian selbst redet noch drei Jahre nach der Erlassung der Nov. 118 in der Nov. 123 cap. 19 von „*καστρένσια πεκούλια*". Dieselbe Benennung ist stets bei den Byzantinern in Uebung geblieben. Man begegnet ihr ferner in dem kanonischen Rechte.[2] Und endlich haben bis auf die neueste Zeit herunter sämmtliche Juristen sich ihrer einhellig und unbedenklich bedient. Ja sie ist sogar vielfach in die deutsche Gesetzgebung übergegangen.[3]

Und hat etwa dieser Sprachgebrauch jemals irgend eine Verwirrung oder sonst eine schlimme Folge nach sich gezogen? Nicht im allergeringsten. Weit eher stünde zu besorgen, dass sich an die plötzliche Veränderung der Benennung Verwirrungen anknüpfen könnten.

Ich glaube also, wir thun aus mehr als Einem Grunde wohl, unserm Institute seinen althergebrachten Namen zu lassen. Wenigstens bei lateinischer Benennung. Handelt es sich um die Bildung eines deutschen Namens, so mag man schon eher eine andere Bezeichnung wählen. Freilich ist mir bisher eine kurze und zugleich passende deutsche Benennung noch nicht vorgekommen, und ich selbst weiss keine zu finden.

---

2) Cap. 4 de sepult. in VI. 3, 12 von Bonifacius VIII.

3) Man vergleiche z. B. Bayrisch Landrecht von 1616 Tit. III. Art. 1; Preuss. Landrecht von 1721 Buch I. Tit. XIX. §. III. (S. 383); Chursächs. erläut. Processordnung von 1724 Anhang §. 11; Codex Maximil. Bavar. civ. von 1756 Th. I. Cap. V. §. IV.; Gothaische Processordnung von 1776 P. I. cap. II. §. 2 Absatz 4. S. auch Project des Corporis Juris Fridericiani von 1749 P. I. lib. I. tit. IX. §. 62 ff.

Drittes Buch.

Das quasi castrense peculium.

Retes cap. X. (Meerman Thes. VI. p. 272 sq.)
Sehr dürftig; fast nichts als eine einfache Aufzählung und Inhaltsangabe der kaiserlichen Verordnungen, aus denen man gewöhnlich den Ursprung des quasi castrense peculium herleitet.

Majansius §. 8 — 16 (p. 264 — 268).
Ein kaum im Ausdrucke etwas veränderter Auszug aus Retes.

Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht und Process VIII. (1835) S. 78 — 92, 116 — 136.
Die gründlichste und beste Bearbeitung.

---

§. 54.

Durch den Zusatz von quasi zu einem Worte wird ausgedrückt, dass der Begriff, welchen dieses Wort bezeichnet, nur in einem uneigentlichen Sinne vorhanden ist. Das heisst also, dass, aus einem gewissen Gesichtspunkte betrachtet, die kennzeichnenden Merkmale dieses Begriffes vorhanden sind, während sie bei der Betrachtung aus andern Gesichtspunkten fehlen.

In den juristischen Quellen kommt der Zusatz namentlich in einer doppelten Verwendung vor. Einmal, um anzuzeigen, dass ein Verhältniss bloss die thatsächlichen, nicht aber die juristischen Eigenschaften eines gewissen rechtlichen Verhältnisses habe. Hierher gehört es z. B., wenn in der L. 39 D. de iure dot. 23, 3 und in der L. 13 pr. D. de H. P. 5, 3 von einer quasi dos die Rede ist, welche eine Sklavin ihrem Gatten, oder welche eine noch nicht zwölfjährige Freie dem thatsächlich mit ihr verheiratheten Manne giebt. Ferner, wenn dieser Mann

in der L. 23 §. 27 D. de donat. int. V. 24, 1 quasi maritus genannt, oder wenn in der L. 47 §. 6 D. de pecul. 15, 1 das Peculium eines Sklaven als ein quasi patrimonium liberi hominis hingestellt wird. U. dgl. m.

Sodann aber und ungleich häufiger wird quasi auch gebraucht zu dem gerade umgekehrten Zwecke der Hinweisung darauf, dass ein Verhältniss mit einem andern die wesentlichen und kennzeichnenden juristischen, wenn auch nicht alle thatsächlichen Eigenschaften gemein habe. In den Fällen dieser Art drückt mit andern Worten der Beisatz quasi eine analoge Uebertragung von Rechtsgrundsätzen aus. Er giebt an, dass ein Verhältniss in Ansehung der juristischen Beurtheilung und Behandlung unter wesentlich gleichen Grundsätzen mit einem andern steht, ohne doch die sämmtlichen für den eigentlichen Begriff maassgebenden Merkmale des letztern aufzuweisen. So werden z. B. durch die Ausdrücke quasi possessio und quasi ususfructus Verhältnisse bezeichnet, welche nicht wirklicher Besitz oder Niessbrauch sind, die aber doch im wesentlichen nach den Grundsätzen dieser Institute beurtheilt werden. Ferner ist quasi agnatio postumi ein Vorgang, welcher, ohne unter den Begriff der agnatio postumi zu fallen, mit ihr doch gleiche Rechtswirkungen hat. Quasi ex contractu oder quasi ex delicto ist verpflichtet, auf wessen Verpflichtung die Grundsätze der Contracts- oder aber der Delictsverbindlichkeiten Anwendung finden, obwohl sie nicht aus einem Contract oder Delict entsprungen ist. Die actio quasi Serviana, quasi Publiciana, quasi institoria sind Klagen, die ungeachtet des Mangels der Voraussetzungen einer Serviana, Publiciana, institoria dennoch nach der Analogie dieser Klagen verstattet und nach ihrer Theorie bemessen werden. U. s. f.

Es wird nicht erst eines besondern Beweises bedürfen, dass der Ausdruck quasi castrense peculium der zweiten Klasse von Fällen angehört. Und wir werden daher unter quasi castrense peculium zu verstehen haben ein solches Vermögen von Hauskindern, welches zwar nicht eigentlich als ein castrense peculium betrachtet wird, das aber dennoch in Ansehung der juristischen Behandlung (ganz oder wenigstens in den Hauptstücken) nach dem Muster des castrense peculium sich richtet.

So wird denn auch die Sache mehrfach in den Quellen dargestellt. Zuvörderst ganz allgemein in dem §. 6 I. de milit. test. 2, 11:

Sciendum tamen est, quod *ad exemplum castrensis peculii* tam anteriores leges, quam principales constitutiones quibusdam *quasi castrensia* dederunt *peculia.*[1]

Sodann aber auch in den meisten der kaiserlichen Verordnungen, welche quasi castrensia peculia einführen.[2]

Ein wesentlich verschiedener Gesichtspunkt hingegen tritt auf in der L. 37 C. de inoff. test. 3, 28. Nach der Darstellung in diesem Gesetze Justinian's vom J. 531 hätten nämlich gewisse Erwerbungen von Hauskindern den Namen quasi castrense peculium nicht darum, weil sie, ohne wirklich castrense peculium zu sein, doch einem solchen in der juristischen Behandlung gleichstünden; sondern sie hätten ihn gerade im Gegentheil wegen einer abweichenden Art der juristischen Behandlung. Der Grund der Benennung wäre also nicht vornehmlich bloss ein äusserer und geschichtlicher, sondern ein innerer, dogmatischer, in einer verschiedenen Rechtstheorie wurzelnder. Damit man dieses klar erkenne, will ich die entscheidenden Worte hierhersetzen:

---

1) Man vergleiche damit auch noch folgende Aussprüche Justinian's: L. 6 pr. in f. C. de bon. quae lib. 6, 61: quasi castrensia peculia *ad instar castrensis peculii* accesserunt. L. 37 §. 1 C. de inoff. test. 3, 28: *ad imitationem peculii castrensis* quasi castrense peculium supervenit — — praefata peculia *ad instar castrensis peculii* introducta sunt. Nov. 123 c. 19: *ad similitudinem castrensium peculiorum.*

2) L. 15 Th. C. de priv. eor. qui in sacro pal. 6, 35 = L. 1 C. de cast. omn. pal. pec. 12, 31 (Constantin.): *ut castrense peculium* habere praecipimus. L. 2 Th. C. de assessor. 1, 35 = L. 7 C. eod. 1, 51 (Honor. et Theodos.): *velut castrense peculium.* L. 6 Th. C. de postul. 2, 10 = L. 4 C. de advoc. divers. iudicior. 2, 7 (Iidem): *veluti peculium castrense* proprio dominio valeant vindicare sub tali forma, quam militantibus ex iure praecinctis cinguli praerogativa detulit. L. 8 C. eod. (Iidem): *quasi* (al. *ut*) *castrense* sibimet vindicare. Nov. Valentin. III. tit. II. L. 2 §. 4: *tamquam peculium castrense.* L. 5 pr. C. de silentiar. 12, 16 (Anastas.): *iure castrensis peculii* possidere. L. 7 C. de bon. quae lib. 6, 61 (Iustinian.): ad similitudinem castrensis peculii.



In castrensibus etenim peculiis *introducta est et alia subdivisio,* et peculii triplex invenitur causa. Vel enim paganum est peculium, vel castrense, vel *quod medietatem inter utrumque obtinet, quod quasi castrense nuncupatur.*

Besonders die letzte Bemerkung, dass das quasi castrense peculium zwischen dem paganum und dem castrense peculium die Mitte halte, lässt keinen Zweifel, dass hier wirklich eine auf innern Rücksichten ruhende Eintheilung gemeint ist und angenommen wird. Der Unterschied des castrense und quasi castrense peculium wird aber, wie aus dem weitern Verlaufe ersichtlich, darein gesetzt, dass der Haussohn über jenes in Gemässheit der besondern militärischen Privilegien testieren könne, über dieses entweder gar nicht oder doch nur nach Maassgabe des gemeinen Rechtes. Castrense peculium in dem engern und eigentlichen Verstande wäre also allein das castrense peculium in der Hand des Haussohnes, der wirklicher Soldat ist und so lange er es ist (im Justinianischen Rechte streng genommen sogar nur, während und so lange er sich auf einem Feldzuge befindet). Ein blosses quasi castrense peculium dagegen hätten nicht nur die Civilbeamten, Advocaten und Geistlichen, sondern und namentlich auch die veterani. Und dieses wird denn wirklich ganz unzweideutig in der Stelle gesagt. (§. 33.)

Dass wir es hier in der That mit völlig verschiedenartigen Gesichtspunkten zu thun haben, und dass in dieser Stelle das Verhältniss des quasi castrense zu dem castrense peculium ganz anders, als in allen übrigen, aufgefasst wird, das wird sich mit Fug nicht bestreiten lassen. Eben so wenig aber kann es auch nur einen Augenblick zweifelhaft sein, welche der beiden Auffassungen als die richtige zu betrachten sei. Offensichtlich wird in der L. 37 C. cit. bloss ein Versuch gemacht, dem einmal vorhandenen und gegebenen Unterschiede des castrense und quasi castrense peculium auch eine innere, dogmatische Seite abzugewinnen, — ein Versuch, welcher auf dem Standpunkte Justinian's und seiner Zeit ganz und gar nichts verwunderliches hat.

Allein es erhebt sich die Frage, ob nicht die beiden Auffassungen wenigstens äusserlich in ihren Ergebnissen zusammentreffen; ob man also nicht alles, was in der L. 37 C. cit. zu

dem quasi castrense peculium gerechnet wird, wirklich von jeher bloss als quasi castrense peculium angesehen habe. In Rücksicht auf die veterani ist diese Frage von nicht unerheblicher Wichtigkeit.

Man möchte vielleicht von vornherein zu ihrer Bejahung geneigt sein. Dass die Unterscheidung des castrense und quasi castrense peculium in der L. 37 C. cit. auf eine neue Grundlage gestellt wird, hat wenig auffallendes, wenn dadurch äusserlich keine Abweichung von dem bisherigen Sprachgebrauche entstand, wenn also alle Fälle, in denen man schon seither von einem castrense oder einem quasi castrense peculium geredet, auch nach dem neuen Eintheilungsgrunde als castrense oder aber als quasi castrense peculium sich darstellten. Schwerer befreundet man sich mit der Annahme, dass die L. 37 C. cit. einen neuen Gesichtspunkt für die Eintheilung herbeigezogen haben sollte, ob danach gleich der bisherige Sprachgebrauch in wesentlichen Stücken hätte geändert werden müssen, und namentlich den veterani nur ein quasi castrense peculium hätte zugeschrieben werden müssen, während ihnen bisher stets ein eigentliches castrense peculium beigelegt worden wäre. Zudem könnte aber jemand behaupten, dass aus der L. 37 C. cit. selbst die praktische Uebereinstimmung der neuen mit der ältern Auffassung deutlich erhelle. Denn, nachdem in dem princ. die Begriffsbestimmung des quasi castrense peculium in der angegebenen Weise geschehen, werde in dem §. 1 eine ausdrücklich für die sämmtlichen unter diese Definition fallenden quasi castrensia peculia gemachte Verfügung damit gerechtfertigt, dass das quasi castrense peculium „ad imitationem peculii castrensis“ oder „ad instar castrensis peculii“ eingeführt sei. Werde es hier nicht geradezu ausgesprochen, dass alle Fälle, in denen nach dem neuen Gesichtspunkte nur ein quasi castrense peculium vorliege, auch geschichtlich bloss als Nachbildungen des castrense peculium entstanden seien, und folglich gemäss dem bisherigen Sprachgebrauche ebenfalls nur blosse quasi castrensia peculia gewesen?

Für die Richtigkeit dieses Satzes und insbesondere zu Gunsten der Annahme, dass man den veterani bereits in der klassi-



schen Zeit nur ein quasi castrense peculium zugeschrieben, scheint aber noch ein anderer, sehr gewichtiger Umstand zu reden. In den Digesten findet sich nämlich eine Anzahl von Stellen, in welchen neben dem castrense peculium auch ein quasi castrense peculium erwähnt wird.[3] Nicht minder scheint der §. 6 I. de mil. test. 2, 11 darauf hinzudeuten, dass schon die klassische Zeit ein quasi castrense peculium gekannt habe. Denn, wenn es hier heisst: „tam *anteriores leges*, quam principales constitutiones quibusdam quasi castrensia dederunt peculia": so kann bei den anteriores leges im Gegensatze zu den principales constitutiones gewiss nur an Rechtsbestimmungen gedacht werden, die nicht in einer der vier Constitutionensammlungen enthalten waren, sondern die man in den Schriften der klassischen Juristen vorfand.[4]

Jene Digestenstellen und diese Institutionenstelle haben von jeher viele Schwierigkeiten gemacht. Erhalten sie aber nicht sofort eine höchst einfache und befriedigende Erklärung, falls man sie der obigen Annahme gemäss auf die veterani bezieht?[5]

---

3) Es sind die folgenden, sämmtlich von Ulpian herrührenden: L. 32 §. 17 D. de donat. int. V. 24, 1, L. 1 §. 6 D. ad SC. Treb. 36, 1, L. 3 §. 5 D. de B. Poss. 37, 1, L. 1 §. 15 D. de collat. 37, 6, L. 7 §. 6 D. de donat. 39, 5.

4) Diese Ansicht findet sich unter andern bei Jac. Gothofredus ad L. 3 Th. C. de postul. 2, 10, Retes cap. X. §. 3 (p. 272), Rau, Hist. iur. civ. de pecul. §. VIII. (p. 28), Zimmern, Gesch. des röm. Privatrechts I. §. 188 bes. Anm. 8 (S. 690). Im wesentlichen war sie aber auch schon diejenige der Glosse (glo. Leges und glo. Constitutiones ad §. 6 [ult.] I. cit.), indem von ihr die anteriores leges auf die Digesten, die principales constitutiones auf den Codex bezogen werden. Ebenso Franc. Balduinus in §. ult. I. cit. verb: „anteriores leges", Matth. Wesembeccius, Cujacius, Vinnius, Schrader ibid. Burchardi, Lehrb. des röm. R. II. Abth. 1 §. 94 (2. Ausg. S. 211 bes. Anm. 11) will die anteriores leges von Senatsschlüssen verstehen. Endlich hat es nach der Angabe des Jac. Gothofredus l. c. selbst an solchen nicht gefehlt, welche bei den anteriores leges an Gesetze aus der Zeit des Freistaates denken wollten und daher den Tribonian eines Irrthums beschuldigten.

5) So schon das Collegium Argentoratense XV, 1 §. 3 nr. V. Vgl. ferner Löhr im Archiv für civilist. Prax. X. S. 176, Mühlen-



Zudem wissen wir ja, dass diesen erst von Hadrian die Testierfähigkeit verliehen worden ist. Scheint nicht hierauf die Aeusserung in dem §. 6 I. cit. vortrefflich zu passen? und wird es nicht ferner im Hinblicke auf diese Thatsache von vornherein leicht begreiflich, dass man ihnen kein eigentliches castrense peculium, sondern nur ein quasi castrense peculium zuschrieb?

Wie viel Schein diese Gründe immer besitzen mögen, so halten sie doch eine schärfere Prüfung nicht aus. Wir sind vielmehr berechtigt, es mit aller Bestimmtheit zu verneinen, dass die klassischen Juristen dem castrense peculium nach der Verabschiedung des Haussohnes vom Heer nur noch die Benennung eines quasi castrense peculium gegeben.

Vor allem spricht, genauer besehen, gegen einen solchen Wechsel in der Benennung schon die innere Wahrscheinlichkeit. Es ist wahr, auf die veterani hat erst nachträglich Hadrian die Testierbefugniss erstreckt, die bis dahin den Haussöhnen nur als wirklichen Soldaten zugestanden hatte. Allein dadurch wurde doch kein neues, dem castrense peculium nur analoges Vermögen geschaffen; sondern die einzige Neuerung bestand darin, dass das castrense peculium durch ehrenhafte Entlassung des Haussohnes aus dem Kriegsdienste seine Eigenthümlichkeiten fernerhin nicht mehr einbüssen, sondern auch in der Hand des veteranus castrense peculium verbleiben sollte. Wie natürlich also, auch den Namen unverändert festzuhalten!

Dazu kommt, dass wirklich, soweit wir sehen können, die klassischen Juristen bei dem filiusfamilias veteranus nie und nirgends von einem quasi castrense peculium, sondern überall von einem castrense peculium reden. So zuvörderst Gaius, welcher doch der Hadrianischen Neuerung noch verhältnissmässig nahe stand, und bei dem man sonach jenen angeblichen Wechsel der Bezeichnung noch am ehesten suchen sollte. Nichtsdestoweniger schreibt er in seinen Institutionen (II, 106):

> si filiusfamilias *ex castrensi peculio post missionem* faciat testamentum.

---

bruch in der Fortsetzung von Glück's Commentar XXXV. S. 200, Heimbach in Weiske's Rechtslexikon VII. S. 870.



Ferner Papinian,[6] Tryphonin[7] und Paulus.[8] Endlich und in der bestimmtesten Weise Ulpian selber,[9] der nämliche Jurist, von welchem die in der Anm. 3 genannten Stellen herstammen. Wir haben in der That aus der klassischen Zeit keine einzige Stelle, in welcher dem filiusfamilias veteranus nur ein quasi castrense peculium zugeschrieben würde.

Aber sogar in den Justinianischen Institutionen wird trotz der L. 37 C. cit. dem veteranus mehrfach ein castrense peculium beigelegt. So in dem §. 9 I. de test. ord. 2, 10, welcher die angezogene Stelle des Gaius unverändert aufgenommen hat. Ferner aber und ganz besonders in dem pr. I. quib. non est perm. 2, 12. Hier wird erzählt, dass ursprünglich nur den filiifamilias militantes, später erst durch ein Hadrianisches Rescript auch den filiifamilias veterani Testierbefugniss verwilligt worden sei. Wenn irgendwo, so war es bei dieser Gelegenheit am Platze, kurz zu bemerken, dass die veterani kein eigentliches castrense peculium, sondern bloss ein quasi castrense peculium hätten. Gleichwohl wird nach jenem Berichte so fortgefahren: „Itaque si quidem fecerint de *castrensi peculio* testamentum“ rel. Ueberdies macht die ganze Darstellung den Eindruck, als solle

6) L. 17 §. 1 D. h. t.: Pater a filio milite vel *qui militavit* heres institutus — — *castrense peculium* possidet; L. 23 §. 2 D. de fid. lib. 40, 5: Servum *peculii castrensis* — — filium militem vel *qui militavit* — — manumittere cogendum; L. 17 §. 2 D. ad municipal. 50, 1: nec ad rem pertinet, an filius *castrense peculium* tantum possideat, quum *ante militasset* vel postea.

7) L. 19 §. 2 D. h. t.: Filiusfamilias *paganus* de *castrensi peculio* fecit testamentum, und weiterhin: *castrensis peculii* heres scriptus.

8) L. 18 pr. D. ad L. Falc. 35, 2: Filiusfamilias, qui *militaverat*, decedens patris sui fidei commisit codicillis, ut peculium suum *castrense* Titio post mortem restitueret.

9) L. 20 §. 2 D. qui test. fac. 28, 1: quaeri potest, an pater eius, qui de *castrensi peculio* potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit, wo natürlich von einem nach der Entlassung errichteten Testamente die Rede ist. (§ 28.) L. 6 §. 13 D. de iniusto, rupto 28, 3: Filiifamilias *veterani* sui iuris morte patris facti testamentum irritum non fieri constat; nam, quantum ad testandum de *castrensi peculio*, pro patrefamilias habendus est. L. 1 §. 8 D. de B. P. sec. tab. 37, 11: Sed si filiusfamilias *veteranus* de *castrensi* faciat (sc. testamentum).

in dieser Stelle von dem castrense peculium gehandelt werden, nachdem in der unmittelbar vorausgehenden, dem §. ult. I. de milit. test. 2, 11, von dem quasi castrense peculium die Rede gewesen. Und damit stimmt auch die Darstellung des Theophilus überein, des besten Gewährsmannes, den wir in Betreff solcher Fragen haben, da er ja die Institutionen mit abfassen half. Insbesondere zeigt seine Darstellung, dass in dem §. ult. I. cit. unter denen, welchen „anteriores leges" ein quasi castrense peculium gegeben, nicht die veterani verstanden sein können. Denn in seiner Erläuterung dieser Stelle sagt er zwar, dass es Haussöhne gäbe, welche kein castrense, aber wohl theils nach ältern Gesetzen, theils nach spätern Constitutionen ein quasi castrense peculium hätten; allein unter den angefügten Beispielen eines quasi castrense peculium werden die veterani nicht genannt. Diese Auslassung wäre doch kaum begreiflich, gesetzt dass es gerade die veterani wären, auf welche jene Hinweisung auf ältere Gesetze hätte abzielen sollen. Es kommt noch hinzu, dass ihnen Theophilus an andern Orten geradezu ein castrense peculium beimisst. So z. B. in der Paraphrase des unmittelbar auf die eben genannte Stelle folgenden pr. I. quib. non est perm. 2, 12; ganz besonders aber in derjenigen des §. 9 I. de test. ord. 2, 10. Hier heisst es nämlich (nach der Reitzischen Uebersetzung): „invenimus filiumfamilias *veteranum*, qui de *castrensi peculio* testari possit", und weiterhin: „testante filiofamilias *veterano* de *peculio castrensi*".

Diese Erscheinungen zusammengenommen liefern auf jeden Fall den vollsten Beweis, dass der Sprachgebrauch, wie ihn in Ansehung des castrense peculium die L. 37 C. cit. befolgt, nicht der von jeher allgemein übliche gewesen sein kann. In der That steht dieses Gesetz mit seinem Sprachgebrauche völlig allein. Nicht einmal die Institutionen haben ihn aufgenommen, obschon sie jünger waren, und obgleich auf die L. 37 C. cit. in dem §. ult. I. cit. ausdrücklich verwiesen wird.

Das alles wird sich schwerlich anders erklären lassen, als durch die Annahme, dass die L. 37 C. cit. nicht allein den Unterschied des castrense und quasi castrense peculium auf einen neuen Gesichtspunkt gründe, sondern dass auch dieses Gesetz

erst und zum ersten Male dem neuen Gesichtspunkte zu Liebe den veterani nur ein quasi castrense peculium zuschreibe. Es ist sehr begreiflich, dass sich die Praxis durch diese willkürliche, vielleicht auch missverständliche, Abweichung des Gesetzgebers von dem gewohnten Sprachgebrauche in ihrer Redeweise nicht beirren liess. So mag man denn schon vor der Abfassung der Digesten und Institutionen das verfehlte dieses gesetzgeberischen Versuches, nicht bloss Rechtssätze, sondern auch hergebrachte Begriffe und Kunstausdrücke zu ändern, eingesehen haben. Und wenn etwa der Darstellung der L. 37 C. cit. ein Irrthum zu Grunde lag, so musste er jedenfalls bei Gelegenheit der Abfassung jener Rechtsbücher sich aufklären. Jedes von beiden Grund genug, die in der L. 37 C. cit. versuchte neue Begriffsbestimmung ohne viel Aufhebens wieder fallen zu lassen und einfach, so wie es wirklich in den Digesten und Institutionen geschah, zu dem alten Sprachgebrauche zurückzukehren.

Eine gewisse Bestätigung dieses Herganges darf darin erblickt werden, dass der von der L. 37 C. cit. angenommene Eintheilungsgrund in der Uebertragung dieser Stelle in den Basiliken (XXXIX, 1 cap. 59) sichtlich und offenbar mit Absicht verwischt ist.

§. 55.

Nach diesen Erörterungen versteht sich von selbst, dass die von dem quasi castrense peculium redenden Digestenstellen nicht durch eine Beziehung auf die veterani erklärt werden können. Zu allem Ueberflusse stellt sich aber auch schon der Wortlaut einer dieser Stellen einer solchen Deutung unübersteigbar in den Weg. Ich meine die L. 1 §. 6 D. ad SC. Treb. 36, 1 aus Ulp. lib. III. Fideicommissorum, worin folgendes gesagt wird:

> In filii quoque familias *militis* iudicio, qui de castrensi peculio *vel quasi castrensi* testari potest, Senatusconsultum locum habet.

Das quasi castrense peculium wird also ebensowohl, als das castrense peculium, dem *miles* zugeschrieben. Beweis genug, dünkt mir, dass Ulpian bei dem quasi castrense peculium nicht an den veteranus gedacht haben könne.

Zu demselben Ergebnisse führt eine aufmerksamere Betrachtung einer andern der gedachten Stellen, nämlich der L. 7 §. 6 D. de donat. 39, 5 aus dem 44. Buche des Ulpianischen Sabinuscommentars. Denn hier wird doch durch den Gegensatz: „in paganis“ unverkennbar darauf hingewiesen, dass Ulpian als den Inhaber des quasi castrense wie des castrense peculium einen wirklichen, noch im Heere dienenden Soldaten vor Augen hat.

Wie sind denn aber jene Stellen zu erklären? Diese höchst bestrittene Frage muss jetzt noch weiter verfolgt werden.

Viele leugnen geradezu das Dasein eines quasi castrense peculium in der klassischen Zeit und halten die Stellen für interpoliert, und zwar in Rücksicht auf das seit Constantin den Civilbeamten, Geistlichen u. s. w. verliehene quasi castrense peculium.[1] Diese Annahme wird jedoch sofort wieder durch die Thatsache beseitigt, dass die L. 1 §. 6 und die L. 7 §. 6 citt. auch das quasi castrense peculium einem filiusfamilias *miles* beilegen.

Denkbarer wäre eine Interpolation mit Rücksicht auf die oben besprochene L. 37 C. de inoff. test. 3, 28. Weil nach dem Standpunkte dieses Gesetzes streng genommen nur dasjenige Vermögen eines Haussohnes für ein eigentliches castrense peculium angesehen werden dürfte, worüber er in Gemässheit des besondern militärischen Rechtes testieren kann, und weil ferner in dem Justinianischen Rechte nur auf dem Feldzuge begriffene Soldaten so zu testieren vermögen: so liesse sich auch bei einem filiusfamilias miles von einem quasi castrense peculium reden,

---

1) S. die bei Retes cap. X. §. 2 (p. 272) angeführten. Ferner: Hub. Giphanius in Inst. II, 9 per quas pers. §. 1 verb. „exceptis videlicet“ in f. und in Inst. II, 11 de mil. test. §. ult. verb.: „tam anteriores leges“; Marcilius in §. 6 I. de test. mil. 2, 11 (in Jani a Costa Comm. in Inst. Trajecti 1714 und cur. Van de Water Lugd. Bat. 1744); Jan. Valckenaer (praes. Voorda), De peculio quasi cast. veteribus JCtis incognito Lugd. Bat. 1780 c. 2—6; Jo. Chr. Knötschker, De peculii quasi cast. origine diss. 1791; Löhr, Uebersicht der Constitutionen von Constantin bis auf Theodos II. und Valentinian III. (1810) S. 9 Anm. 3; Schrader ad §. 6 I. de mil. test. 2, 11. (Er meint jedoch, der Zusatz sei bereits vor Tribonian gemacht worden, weil dieser sonst nicht sagen könnte, „anteriores leges“ hätten schon ein quasi castrense peculium eingeführt.)

und darauf könnten die Compilatoren in den citt. L. 1 §. 6 und L. 7 §. 6 durch Einschiebung der Worte „vel quasi castrense" haben hinweisen wollen. Allein, wenn es sich so verhält, wie oben ausgeführt, wenn die L. 37 C. cit. mit ihrer Sprechweise ganz vereinzelt dasteht, und wenn diese Sprechweise selbst bei der Abfassung der Institutionen nicht beachtet ward: so ist doch gewiss noch viel weniger zu glauben, dass man ihretwegen in den Digesten Interpolationen sollte vorgenommen haben. Und gesetzt, man wollte einmal im Hinblicke auf die L. 37 C. cit. interpolieren, lag es dann nicht am nächsten, dieses in denjenigen Stellen zu thun, welche von dem veteranus handeln? Hat man dennoch in keiner dieser Stellen interpoliert, welchen Beweggrund hätte man zu Interpolationen in Ansehung des miles haben können? Zudem wird die Justinianische Verordnung, dass die militärischen Testierprivilegien auf die Zeit des Feldzuges eingeschränkt sein sollen, in den Digesten sonst nirgends berührt.[2] Es wäre doch gewiss recht seltsam, wenn eine Ausnahme gerade nur in den citt. L. 1 §. 6 und L. 7 §. 6 gemacht worden wäre, und zwar nur in Gestalt einer dunkeln, kaum zu errathenden Andeutung.

Also auch dieser Ausweg ist verschlossen. Ueberhaupt aber muss der Gedanke an Interpolationen von vornherein aufgegeben werden. Denn in dem §. 6 I. de mil. test. 2, 11 wird uns gesagt, ausser den principales constitutiones hätten bereits „anteriores leges" ein quasi castrense peculium eingeführt. Eine Anspielung auf die veterani mit Rücksicht auf die L. 37 C. de inoff. test. 3, 28 kann, wie erwiesen, in dieser Aeusserung nicht erblickt werden. Was bleibt demnach übrig, als die Annahme, dass schon in der klassischen Zeit ein quasi castrense peculium bestanden habe? Wenn wir nun wirklich Stellen aus der klassischen Zeit vorfinden, in denen von einem quasi castrense peculium gesprochen wird, ist es dann nicht am natürlichsten, jene Aeusserung gerade auf diese und andere dergleichen (in das Corpus iuris nicht aufgenommene) Stellen zu beziehen und sie

2) Vgl. Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Commentar XLII. S. 37.

aus dem Vorhandensein solcher Stellen zu erklären? Ueberdies kommt in Betracht, dass diese Stellen sämmtlich von Ulpian herrühren. Es wäre doch mehr als merkwürdig, wenn man gerade bloss Ulpianische Stellen interpoliert hätte, ungeachtet die Stellen anderer Juristen ganz eben so viel Anlass dazu geboten.

Bei solcher Sachlage muss es als eine feststehende Thatsache anerkannt werden, dass Ulpian neben dem castrense peculium auch ein quasi castrense peculium kannte, und es kann bloss in Frage kommen, was er unter dem letztern verstanden habe.

Manche denken an den Erwerb der nicht militärischen Staatsbeamten.[8] Und zum Belege dieser Ansicht berufen sie sich auf die L. 16 §. 12 D. ad SC. Treb. 36, 1:

> Ulpianus lib. IV. Fideicomm.: Sed etsi id fideicommissum ad castrense peculium spectaturum est, et filiusfamilias is fuit, qui munus militiae sustinebat, *aliove quo officio praeerat*, multo magis dicendum erit, posse eum postulare, ut pater suus cogatur adire et restituere hereditatem, quamvis contra obsequium patri debitum videtur id desideraturus.

Unter dem filiusfamilias, qui alio quo officio praeest, sagen sie, könne im Gegensatze zu dem filiusfamilias, qui munus militiae sustinet, nur ein Haussohn verstanden werden, der nicht ein rein militärisches, sondern ein anderes Staatsamt bekleide.

Freilich scheint sich hiebei die Schwierigkeit zu erheben, dass in der Stelle gar nicht von einem quasi castrense peculium die Rede ist, sondern bloss von einem castrense peculium, welches gleicherweise sowohl dem einen, als dem andern der nachher genannten Haussöhne zugeschrieben wird. Dieses Bedenken ist indessen von sehr geringem Gewichte. Denn die L. 37 C. de inoff. test. 3, 28 und die Rubrik des tit. Cod. I, 3: de

---

8) So z. B. Jacob. Gothofredus ad L. 3 Th. C. de post. 2, 10, Retes cap. X. §. 4, 5 (p. 272), Bynkershoek, Observationes iur. rom. lib. VII. cap. 22, Zimmern, Geschichte des röm. Privatr. I. §. 188 (S. 690), Burchardi, Lehrb. des röm. R. II. Abth. 1 §. 94 (2. Ausg. S. 210), Böcking, Röm. Privatrecht (1862) S. 215.



episcopis et clericis — — et privilegiis eorum et *castrensi peculio* zeigen, dass der Ausdruck castrense peculium neben seiner engern auch noch eine weitere Bedeutung hat, in welcher er das quasi castrense peculium mit umfasst. Was kann natürlicher sein, als dass man sich, wo auf den Unterschied des castrense und quasi castrense peculium nichts ankam, anstatt in schleppender Weise diese beiden Peculien zu nennen, öfters mit der Nennung des castrense peculium in dem weitern Sinn begnügte?[4]

Gewichtiger scheint ein anderer Einwurf, welchen man den Anhängern dieser Ansicht gemacht hat. Die Staatsbeamten, hat man gesagt, wenigstens die höhern, waren bis auf Diocletian und Constantin auch zum Kriegsdienste verpflichtet. Folglich waren sie wirkliche Soldaten, und es musste ihnen also ein wahres castrense peculium, nicht ein blosses quasi castrense peculium zuerkannt werden.[5]

Allein ich glaube nicht, dass diese Folgerung den Quellen gegenüber berechtigt ist. Wenigstens wenn man den Schluss zugeben will, den ich bis auf weiteres für unanfechtbar halte, dass jeder Soldat auch nach militärischem Rechte müsse testieren können, und dass, wer nicht nach diesem Rechte testieren könne, auch kein wirklicher Soldat sei, — wenn man diesen Schluss zugeben will, so ist sie ganz entschieden nicht berechtigt. Denn in

4) Neben der L. 16 §. 12 D. cit. hat man als fernern Beleg auch wohl noch die L. 52 §. 8 D. pro socio 17, 2 angezogen, indem man in den Worten: „stipendia *ceteraque salaria*" die cetera salaria auf den Gehalt von Civilbeamten deutete. Vgl. z. B. Schulting, Iurispr. anteiust. ad Paul. R. S. V, 9 §. 4. Diese Deutung hat zwar etwas bestechendes, sie ist aber durchaus nicht nöthig, da auch bei Soldaten von salaria geredet wird. S. Klotz, Handwörterbuch der lat. Sprache unter Salarius 2. b. Und in der L. 52 §. 8 D. cit. dürfte schon die Anknüpfung mit „cetera" darauf hinweisen, dass auch bei den salaria bloss an Zuwendungen gedacht ist, die ein Soldat (ausser seinem gewöhnlichen Solde) erhält. So wird es denn auch von dem Schol. 21 zu Bas. XII, 1 cap. 50 erklärt, indem hier die cetera salaria als die besondern Reichnisse dargestellt werden, welche die Soldaten auf dem Feldzug erhalten. Vgl. Schol. 23 ibid. S. auch Ant. Faber, Rational. in L. 52 §. 8 cit., Marezoll S. 119 Anm.

5) So Löhr im Archive für civil. Prax. X. S. 176, Marezoll S. 118 ff.

der L. ult. D. de test. mil. 29, 1 und der L. un. pr. D. de B. P. ex test. mil. 37, 13 erklärt Ulpian völlig bestimmt und unzweideutig, dass praesides provinciarum und legati (abgesehen von dem Fall, wenn sie in Feindesland testieren und versterben) nicht nach dem militärischen Rechte testieren können. Das nämliche wird in der L. 37 C. cit. als längst geltendes Recht berichtet von den Consuln, praefecti legionum,[6] praesides provinciarum „et omnibus generaliter, qui *in diversis dignitatibus vel administrationibus positi* a nostra consequuntur manu vel ex publicis salariis quasdam largitates". Es erhellt also, dass man die hohen römischen Staatsbeamten und Würdenträger in der That nicht als wirkliche Soldaten ansah. Und dieses findet eine weitere Bestätigung an der L. 5 §. 1 — L. 7 D. ex quib. caus. mai. 4, 6:

---

6) Die Nennung der praefecti legionum unter denen, die ein blosses quasi castrense peculium hätten und darüber nicht nach militärischem, sondern nur nach dem gemeinen Rechte hätten testieren können, ist auffallend und scheint, was das zweite anlangt, mit der L. 21 D. de test. mil. 29, 1 in Widerspruch zu stehen. Cujacius in den Not. post. ad §. 6 I. de mil. test. 2, 11 hat daher statt „praefectis legionum" die Lesart „proconsulum legatis", Jac. Gothofredus ad L. 3 Th. C. de post. 2, 10 die Lesart „praefectis regionum" vorgeschlagen. Die Basiliken haben „*τοῖς ὑπάρχοις*" und lassen damit die Frage unentschieden. Allein die Richtigkeit der Lesart „praefectis legionum" wird über allen Zweifel erhoben durch die (in der Herrmann'schen Ausgabe des Codex noch nicht benutzte) Uebersetzung der Stelle in dem *κατὰ πόδας* des Thaleläus, aus der uns das betreffende Stück in der griechischen Abhandlung eines unbekannten Verfassers über die Peculien erhalten ist. Thaleläus übersetzt nämlich: *ὃν τρόπον διατεταγμένον ἦν ἐπὶ ὑπάτων καὶ ὑπάρχων λεγεώνων καὶ ἀρχόντων ἐπαρχιῶν κ. τ. λ.* (S. Heimbach, *Ἀνέκδοτα* II. p. 257.) Das Räthsel löst sich sehr einfach, wenn man beachtet, dass den Titel praefecti legionum ursprünglich interimistische, später vielleicht auch die regelmässigen Befehlshaber einer Legion führten, und dass diese Beamten in dem einen, wie in dem andern Fall nur als Stellvertreter der Legaten galten: Veget. II, 9 und Becker-Marquardt, Handbuch der röm. Alterthümer III. 2 S. 360 fg., besonders Anm. 2045. Der anscheinende Widerstreit mit der L. 21 D. cit. aber verschwindet, sobald man unter den darin genannten praefecti nicht praefecti legionum, sondern praefecti einer ala equitum versteht. Schon durch die Zusammenstellung mit den tribuni (militum oder legionis) wird diese Deutung nahe gelegt. Vgl. Becker-Marquardt III. 2 S. 376, 417.

Ulp. lib. XII. ad Edict.: Sed qui Romae reipublicae causa operam dant, reipublicae causa non absunt,

Paul. lib. XII. ad Edict.: *ut sunt magistratus;*

Ulp. lib. XII. ad Edict.: *milites* plane, qui Romae militant, pro reipublicae causa absentibus habentur.[7]

Waren aber die hohen Staatsbeamten in den Augen der klassischen Juristen keine wirklichen milites, so konnten ihnen jene auch kein eigentliches castrense peculium, sondern höchstens ein quasi castrense peculium zuschreiben. Es darf also allerdings in Frage kommen, ob nicht die von dem quasi castrense peculium redenden Ulpianischen Stellen gerade hierauf zu beziehen. Und noch mehr. Man muss zugeben, dass in der Geschichte des quasi castrense peculium eine grosse Schwierigkeit verschwinden würde, wenn es möglich wäre, diese Frage zu bejahen. Leider ist es aber nicht möglich; und zwar wiederum aus dem einfachen Grunde nicht, weil Ulpian in der schon mehrfach erwähnten L. 1 §. 6 D. ad SC. Treb. 36, 1 (S. 397) als den Inhaber auch des quasi castrense peculium einen miles voraussetzt.

§. 56.

Eine andere Ansicht bezieht jene Stellen auf einige singuläre Fälle, in denen schon zur Zeit der klassischen Rechtswissenschaft gewisse nicht zu dem castrense peculium gehörige Erwerbungen der Hauskinder doch ganz nach seiner Analogie behandelt worden seien.[1]

---

7) Vgl. auch L. 2 pr., §. 1 D. de his qui not. 3, 2. Eine aufmerksamere Betrachtung dieser Stelle Ulpian's wird sich des Eindruckes nicht erwehren können, dass darin die obersten Befehlshaber, welche das ganze Heer oder doch grössere Abtheilungen desselben, zum mindesten eine Legion, befehligen, von den eigentlichen milites unterschieden und nicht in ihre Reihe gestellt werden. Uebrigens ist dieser Frage nach meinem Wissen noch nirgends eine eingehendere Erörterung zu Theil geworden, wiewohl sie geschichtlich und juristisch gar nicht ohne Interesse wäre.

1) Vgl. besonders Marezoll S. 79 ff. Ihm folgen, soviel ich sehe, die meisten spätern.

Vor allen Dingen pflegt man hierher zu rechnen die L. 50 D. ad SC. Treb. 36, 1. Sie lautet so:

Papin. lib. XI. Quaest.: Imperator Hadrianus, quum Vivius Cerealis filio suo Vivio Simonidi, si in potestate sua esse desiisset, hereditatem restituere rogatus esset, ac multa in fraudem fideicommissi fieri probaretur, restitui hereditatem filio iussit ita, ne quid in ea pecunia, quamdiu filius eius viveret, iuris haberet; nam quia cautiones non poterant interponi conservata patria potestate, damnum conditionis propter fraudem inflixit. Post decreti autem auctoritatem in ea hereditate *filio militi comparari debuit*, si res a possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporteret. Sed paternae reverentiae congruum est, egenti forte patri officio iudicis ex accessionibus hereditariis emolumentum praestari.

Ein Vater, der seinem Haussohne nach aufgehobener Gewalt eine Erbschaft als Universalfideicommiss restituieren sollte, machte sich treuloser Verwaltung schuldig. Eine cautio fideicommissi servandi causa war wegen des Gewaltverhältnisses nicht möglich, und Hadrian verfügte daher zum Schutze des Sohnes, der Vater habe die Erbschaft sogleich zu restituieren, und zwar so: ne quid in ea pecunia, quamdiu filius eius viveret, iuris haberet. Zufolge dieser Verfügung, sagt Papinian, habe man den Sohn in Ansehung der Erbschaft einem filiusfamilias miles vergleichen müssen, sofern die Anstellung dinglicher oder persönlicher Klagen erforderlich gewesen.

Dieses in Kürze der Inhalt der Stelle, insoweit er hier von Interesse ist. Es fragt sich aber, was für Rechte hienach dem Haussohne beizumessen waren. Hatte er, der eben erwähnten Meinung entsprechend, ganz und gar die nämlichen Befugnisse, wie über ein castrense peculium, also namentlich etwa auch das Recht zu testieren? oder war die Gleichstellung nur eine beschränkte? Mir dünkt, wir dürfen nicht anstehen, uns für das zweite zu entscheiden. Denn was wollte Hadrian? Er wollte den Anspruch des Sohnes gegen die treulose Handlungsweise des Vaters sichern. Weil dieses im gegebenen Fall durch Cautionen nicht erreichbar war, so griff der Kaiser zu dem

Mittel, dem Vater die Verwaltung des Fideicommisses ganz zu nehmen und sie als selbständiges, vom Vater unantastbares Recht auf den Sohn zu übertragen. Ein mehres, insbesondere die Einräumung der Testierbefugniss, war zur Erreichung jenes Zweckes nicht erforderlich und konnte daher auch nicht in der Absicht des Kaisers liegen. Und dass es wirklich nicht in seiner Absicht lag, geht zu allem Ueberflusse schlagend hervor aus seinen eigenen Worten: „ne quid in ea pecunia, *quamdiu filius eius viveret*, iuris haberet“. Auch Papinian deutet auf den Mangel der Testierbefugniss kenntlich genug hin durch die Einschränkung: „si res a possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporteret“. Stirbt also der Sohn während der Dauer der väterlichen Gewalt, so nimmt der Vater unbedingt und gleichviel, ob jener testiert hat oder nicht, die Erbschaft wieder an sich; um so mehr, als ja in diesem Fall das ganze Fideicommiss schon nach der Willensmeinung seines Urhebers wegen Nichterfüllung der Bedingung dahinfällt.

Die Gleichstellung mit dem castrense peculium war demnach jedenfalls keine vollkommene. Doch kann sie auch keine so unvollkommene gewesen sein, als man bei strengem Festhalten an den Worten: „si res a possessoribus peti, vel etiam cum debitoribus agi oporteret“ vermeinen könnte; sonst würde wohl schwerlich jemand auf einen Vergleich mit dem filiusfamilias miles verfallen sein. Werfen wir einen Blick auf das Recht des castrense peculium, wie es zu Hadrian's Zeit gestaltet war, so wird sofort die Sache klar. Damals wurde das castrense peculium noch immer als ein Vermögen des Gewalthabers aufgefasst, an welchem jedoch dem Sohne das selbständige Recht der Verwaltung und Nutzung zukam und ausserdem die Befugniss, es durch Testament dem Vater zu entziehen. (§. 15 ff.) Hiemit hatte denn allerdings die Stellung des Sohnes in dem Falle der L. 50 D. cit. die grösste Aehnlichkeit. Auch ihm war als selbständiges Recht die Verwaltung und Nutzung eingeräumt, und abgesehen von der ihm mangelnden Testierbefugniss war also in der That seine Lage ganz dieselbe, wie diejenige des filiusfamilias miles in Betreff seines castrense peculium. Die Zusammenstellung mit dem letztern wird daher vollkommen begreiflich.

Zu Papinian's Zeit war freilich die Aehnlichkeit nicht mehr so gross, weil inzwischen das Recht des castrense peculium eine Entwickelung erhalten hatte, woran der Fall der L. 50 D. cit. seiner ganzen Natur nach nicht Antheil nehmen konnte. Allein da Papinian bei dem frühern Juristen, aus dem er die Hadrianische Entscheidung schöpfte, jene Zusammenstellung einmal vorfand, so behielt er sie bei; war sie doch in der Beziehung auf anzustellende Klagen noch immer nicht unrichtig. Dass sich die Sache wirklich so verhält, und dass Papinian den Vergleich mit dem filiusfamilias miles einem ältern Schriftsteller entlehnte, dürfte auch schon aus der Art hervorgehen, wie er sich ausdrückt. „In ea hereditate filio militi comparari *debuit*", sagt er, während es in dem erst von ihm selbst herrührenden Schlusssatze heisst: „paternae reverentiae congruum *est*". Ob nicht in jenem Perfectum auch noch die Andeutung liegen soll, dass jetzt (zu Papinian's Zeit) der Vergleich nicht mehr so recht zutreffe, will ich dahingestellt sein lassen, wiewohl es mir durchaus nicht unwahrscheinlich ist.

Es wird nunmehr klar genug sein, nach welchen Grundsätzen der Fall der L. 50 D. cit. zu beurtheilen ist. Zugleich haben wir in dieser Stelle eine neue Bestätigung desjenigen gefunden, was sich früher aus andern Stellen als das ursprüngliche Recht des castrense peculium ergeben hat.

Ferner muss man sich aber überzeugt haben, dass jener Fall zu Ulpian's Zeit unmöglich als ein quasi castrense peculium bezeichnet werden konnte. Denn mit der damaligen Gestaltung des castrense peculium hatte er ja nur mehr eine sehr geringe und entfernte Aehnlichkeit. Und dass er insbesondere in den Ulpianischen Stellen, die hier in Frage stehen, unter dem quasi castrense peculium nicht gemeint sein könne, ergiebt sich theils daraus, dass in diesen Stellen von der Befugniss, über das quasi castrense peculium durch Testament und Schenkung zu verfügen, die Rede ist,[2] theils und vornehmlich wiederum daraus,

2) L. 1 §. 6 D. ad SC. Treb. 36, 1, L. 3 §. 5 D. de B. Possion. 37, 1, L. 7 §. 6 D. de donat. 39, 5, L. 32 §. 17 D. de donat. int. V. 24, 1.

dass die L. 1 §. 6 D. ad SC. Treb. 36, 1 (S. 397) bei dem quasi castrense, wie bei dem castrense peculium einen filiusfamilias *miles* voraussetzt. Hätte Ulpian bei dem quasi castrense peculium an den Fall der L. 50 cit. oder an ähnliche Fälle gedacht, so hätte er sicherlich bloss von einem filiusfamilias ohne den Beisatz miles gesprochen.[3]

Diese nämliche einfache Erwägung verwehrt es aber nicht minder, jene Stellen auf einige andere Fälle zu beziehen, die

3) Eine andere Frage ist freilich, ob nicht von dem Standpunkte der Justinianischen Gesetzgebung in Rücksicht auf den Wortlaut der L. 50 D. cit. das darin behandelte Verhältniss als ein quasi castrense peculium betrachtet werden müsse. Diese Frage ist jedoch gewiss zu verneinen, und nicht einmal ein sog. adventicium extraordinarium darf angenommen werden, weil beides der Natur der Sache und dem Zwecke, welchen allein die L. 50 D. cit. verfolgt, nicht entsprechen würde. Jenes Verhältniss ist vielmehr, wie Arndts in dem Lehrb. d. Pand. §. 434 Anm. richtig bemerkt, ein ganz eigenthümliches, das man gewissermaassen als ein umgestürztes adventicium regulare bezeichnen könnte. Nämlich der Vater ist Eigenthümer, der Sohn hat als selbständiges Recht die Nutzung und Verwaltung. Tritt der Sohn bei seinem Leben aus der väterlichen Gewalt heraus, so wird damit die Bedingung des Fideicommisses erfüllt, folglich erhält er jetzt gänzlich die Stellung eines heres fideicommissarius, also volles Eigenthum. Stirbt dagegen der Sohn in der Gewalt, so ist die Bedingung ausgeblieben, und die Erbschaft fällt daher, wie ein peculium, dem Vater wieder anheim. Man sieht, mit Ausnahme der Testierbefugniss, durchaus die Grundsätze des castrense peculium vor den Veränderungen Hadrian's. — Im wesentlichen richtig wird die Stelle schon ausgelegt von Cujacius, Comm. in lib. XI. Quaest. Pap. ad h. l., Pinellus, Var. resol. lib. I. cap. 5 nr. 38 (p. 95), Retes cap. VI. §. 13 (p. 259). Vgl. auch Mühlenbruch in der Forts. von Glück's Comment. XXXV. S. 194 Anm. 33. Ein quasi castrense peculium finden in der L. 50 D. cit. ausser Marezoll S. 81 ff. unter andern Buchholtz in der Zeitschr. f. Civilr. u. Proc. XIV. S. 310 ff., Sintenis, Pract. gem. Civilr. §. 141 II. bes. Anm. 64, Heimbach in Weiske's Rechtslexikon VII. S. 870 Anm. 91, Vangerow, Lehrb. der Pand. I. §. 235 (7. Aufl. S. 434). Die herrschende Meinung hat von jeher den Fall der L. 50 D. cit. für ein adventicium extraordinarium angesehen. Unter den Neuern gehören z. B. hierher: Göschen, Vorles. §. 733, Puchta, Pand. §. 437, Keller, Pand. §. 414 Anm. 7, Böcking, Röm. Privatr. 2. Ausg. S. 216 Anm. 31 und, soviel ich sehe, auch Schirmer, Handb. des röm. Erbrechtes I. S. 173 Anm. 134.

man ebenfalls mit ihnen hat in Verbindung bringen wollen. Ich kann mich daher mit einer kurzen Berührung begnügen.

Zuvörderst nenne ich die L. 3 §. 7 D. de minor. 4, 4:

Ulpianus lib. XI. ad Edict.: Si quid minori fuerit filiofamilias legatum post mortem patris, vel fideicommissum relictum, et captus est, forte dum consentit patri paciscenti, ne legatum peteretur, potest dici, in integrum restituendum, quoniam ipsius interest propter spem legati, quod ei post mortem patris competit. Sed et si ei legatum sit aliquid, quod personae eius cohaeret, puta *ius militiae*, dicendum est, posse eum restitui in integrum; interfuit enim eius non capi, *quum hanc patri non acquireret, sed ipse haberet.*

Dass der Haussohn die ihm legierte militia für sich und nicht für seinen Gewalthaber erwerbe, ist hier unzweideutig gesagt. Als Grund aber wird nicht etwa angegeben, dass eine solche militia als castrense oder quasi castrense peculium zu betrachten sei, sondern Ulpian beruft sich bloss auf ihre höchstpersönliche Natur, welche damit zusammenhängen mag, dass dergleichen Beamtenstellen, wenn sie auch ihrer Verkäuflichkeit wegen zum Vermögen gerechnet wurden und insofern einen privatrechtlichen Charakter hatten, dennoch überwiegend dem öffentlichen Rechte angehörten. In allen Verhältnissen des öffentlichen Rechtes war aber zwischen Gewaltfreien und Haussöhnen kein Unterschied. Dass Ulpian die militia in der That nicht zu dem castrense oder quasi castrense peculium rechne, scheint auch noch daraus hervorzugehen, dass er in dem §. 10 der Stelle auf den filiusfamilias, der ein castrense peculium hat, zu reden kommt, diesen Fall aber als einen ganz neuen zu behandeln und sämmtlichen vorher in den §§. 4—9 erörterten gegensätzlich gegenüberzustellen scheint.[4]

Aehnlich verhält es sich mit der L. 16 §. 11 D. ad SC. Treb. 36, 1 (Ulp. lib. IV. Fideicomm.). Der Vater, welchem die Restitution einer Erbschaft an seinen Haussohn auferlegt ist, soll, wenn er selbst die Erbschaft für unsicher hält und sie des-

4) Vgl. über die Stelle auch Marezoll S. 85 ff., Buchholtz a. a. O. S. 320 ff.



halb nicht antreten will, von dem Sohne kraft des SC. Pegasianum zum Antritte gezwungen werden können. Noch viel mehr, fährt Ulpian in dem §. 12 der Stelle fort, muss dieses Zwingungsrecht anerkannt werden, wenn das Fideicommiss in das castrense peculium fällt. Schon durch diese Ausdrucksweise wird die Annahme ausgeschlossen, als ob Ulpian auch das erste, in dem §. 11 besprochene Fideicommiss nach dem erzwungenen Erbschaftsantritte als ein castrense oder quasi castrense peculium ansähe.[5]

Ferner kommt in Betracht folgende Aeusserung Ulpian's in der L. 3 §. 4 D. de minor. 4, 4 (Ulp. lib. XI. ad Edict.):

---

5) Vgl. Marezoll S. 92, dessen Auslegung ich mir jedoch im übrigen nicht aneignen kann. Namentlich scheint es mir unrichtig, dass der gezwungen antretende Vater erst nach geendigter väterlicher Gewalt zu restituieren hätte. Dieses scheint mir der ganzen Theorie und Tendenz des dem Fideicommissar eingeräumten Zwangsrechtes zu widerstreiten, und eine solche Behandlung wäre doch auch für den Vater sehr gefährlich gewesen. Mir dünkt vielmehr, dass nach der Meinung Ulpian's, gesetzt dass wir, was ich stark bezweifle, seine eigenen Worte unverändert vor uns haben, der Vater alsbald restituieren müsse. In Ansehung der restituierten Erbschaft aber wird man dann im Sinne des Juristen dem Haussohn eine ähnliche Stellung zuschreiben müssen, wie sie die L. 50 D. eod. (S. 404) dem dort erwähnten Haussohne zuschreibt. Nach Justinianischem Rechte freilich liegt die Sache anders. Da es sich in der L. 16 §. 11 D. cit. um einen Erwerb handelt, welchen der Haussohn gegen des Vaters Willen macht, so muss das Fideicommiss nach der bekannten Bestimmung Justinian's in der L. 8 pr. C. de bon. quae lib. 6, 61 adventicium irregulare werden. Diese von Marezoll bekämpfte Meinung scheint mir vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes unanfechtbar, und ferner ist mir in der L. 16 §. 11 D. cit. eine Interpolation mit Rücksicht auf die L. 8 pr. C. cit. sehr wahrscheinlich. (Vgl. §. 25 Anm. 6.) — Ein Zusammenhang der L. 16 §. 11 D. cit. mit der L. 50 D. cit. wird schon von vielen Frühern angenommen. S. z. B. Bartolus ad L. 16 §. Si pater filio nr. 1, Paulus de Castro ibid. nr. 2, Alexander Tartagnus ibid. nr. 1, 2, Schilter, Praxis iur. rom. Exercit. XLIV. §. 45, Kleinschrod, De iure filiif. disp. de pecul. p. 7. Die Glosse dagegen (glo. A filio ad h. l.) denkt sich den Sohn als inzwischen emancipiert, eine Ansicht, deren Unzulässigkeit sattsam aus dem §. 12 der Stelle erhellt. Eine andere, gleichfalls schon in der Glosse angedeutete Meinung geht dahin, dass der Sohn die restituierte Erbschaft als ein gewöhnliches Peculium erhalte. Und noch andere Ansichten sind hervorgetreten.

Nec eo movemur, quasi intersit filii peculium habere; magis enim patris, quam filii interest, licet *aliquo casu ad filium peculium spectet*, utputa si patris eius bona a fisco propter debitum occupata sunt, nam *peculium ei ex constitutione Claudii separatur.*

Also, wenn das Vermögen des Vaters vom Fiscus wegen Schulden in Beschlag genommen wird, so soll nach einer Verordnung von Claudius das Peculium zu Gunsten des Sohnes von dem übrigen Vermögen des Vaters abgesondert und dem Sohne als ein ihm gehöriges Gut belassen werden. Dieses ist offenbar der Sinn der Stelle. Wir werden aber nicht fehl gehen, wenn wir annehmen, dass, mit Abzug der Testierbefugniss, der Sohn zu diesem Gute die gleiche juristische Stellung erhielt, wie er sie bis auf Hadrian in Ansehung eines castrense peculium hatte, und wie sie in der L. 50 D. ad SC. Treb. 36, 1 für einen verwandten Fall ausdrücklich bezeugt wird.[6]

Eine weitere öfters hierhergezogene Stelle ist die L. 52 pr. D. de acq. v. om. her. 29, 2:

Marcian. lib. IV. Institut.: Quum heres institutus erat filius et habebat patrem furiosum, in cuius erat potestate, interponere se suam benevolentiam Divus Pius rescripsit, ut, si filiusfamilias adierit, perinde habeatur, atque si paterfamilias adiisset, permisitque ei et servos hereditatis manumittere.

Nach der Auslegung, welche Marezoll S. 89 ff. dem hier erwähnten Rescripte giebt, würde seine Bedeutung freilich sehr zusammenschrumpfen. Denn alles, was der Kaiser dem Haussohne zugestanden, würde sich beschränken auf das Recht, die Erbschaft ausnahmsweise ohne Geheiss des Gewalthabers anzutreten und im

6) Dafür spricht auch noch die Gleichheit des Ausdruckes in mehrern von dem castrense peculium handelnden Stellen. Vgl. L. 18 §. 4 D. h. t. 49, 17 verb: cum *hoc peculium a patris bonis separetur*, und L. 15 §. 3 D. eod. verb.: peculium, *quod ad filium spectat*. Im Justinianischen Rechte wird wiederum ein adventicium irregulare anzunehmen sein. Vgl. über die Stelle auch Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht und Proc. N. F. V. S. 244 ff. Eine Zusammenstellung der verschiedenen Erklärungen giebt Kämmerer ebendaselbst A. F. XIV. S. 93 ff.



Gefolge davon auch einige mit dem Erbschaftsantritte zusammenhängende Handlungen vorzunehmen, als namentlich Erbschaftssklaven frei zu lassen. Im übrigen würde die Erbschaft, wie gewöhnlich, dem Gewalthaber erworben. Zu Gunsten dieser Auslegung beruft sich Marezoll auf die Bemerkung des Marcellus in der L. 63 D. eod.:

> Furiosus acquirere sibi commodum hereditatis ex testamento non potest, nisi si necessarius patri aut domino heres existat. Per alium autem acquiri ei potest, veluti per servum,[7] *vel eum quem in potestate habet.*

Indessen müsste, wer Marezoll's Erklärung der L. 52 pr. D. cit. nicht annehmen wollte, noch gar nicht nothwendig mit der L. 63 D. cit. in Widerspruch gerathen. Denn könnte nicht die zweite Stelle den Fall vor Augen haben, da der Curator des Geisteskranken mit dem Erbschaftserwerbe einverstanden ist, die erste den andern, da er mit demselben nicht einverstanden ist? Und gesetzt, in beiden wäre an den gleichen Fall gedacht: könnte nicht die Stelle des Marcellus älter sein, als das Rescript des Pius? Aber lassen wir selbst alle diese Möglichkeiten bei Seite, so führt immer noch zwischen der Annahme eines Widerstreites und zwischen jener Auslegung Marezoll's ein gangbarer Ausweg hindurch. Denn setzen wir, Pius hätte dem Sohn in Ansehung der Erbschaft eine ähnliche Stellung geben wollen, wie sie in einem andern Fall laut der L. 50 D. ad SC. Treb. 36, 1 (S. 404) Hadrian einem Haussohn eingeräumt: so würden wir dem Wortlaute der L. 52 pr. cit. sehr viel näher, und es würde dennoch die L. 63 cit. zu ihrem vollen Rechte kommen. Denn als der wahre Eigenthümer der Erbschaft würde sich ja immer noch der Vater herausstellen.

Diese Art der Auslegung als richtig angenommen (und ich bekenne, dass sie für mich am meisten ansprechendes hat), würde das Rescript des Pius als eine neue Anlehnung an das Recht des castrense peculium erscheinen. Nichtsdestoweniger ist aus den früher schon entwickelten Gründen klar, dass die Erwähnung eines quasi castrense peculium in mehrern Aus-

7) Vgl. hiezu die L. 50 D. eod.

sprüchen Ulpian's auf diesen Fall so wenig, als auf alle andern genannten, bezogen werden kann.[8]

Dennoch sind diese Fälle in Rücksicht auf das castrense peculium und seine Geschichte nicht völlig ohne alles Interesse. Denn sie zeigen, dass das castrense peculium schon ziemlich frühzeitig gar keine so gänzlich vereinsamte Erscheinung war, dass vielmehr schon die frühern Kaiser und gerade sie auf eine grössere vermögensrechtliche Selbständigkeit der Hauskinder hinstrebten. Und diesen Bestrebungen scheint denn eben vielfach das castrense peculium und seine Theorie zum Anhalte und Muster gedient zu haben.

§. 57.

Ich habe für eine Reihe von Fällen den Nachweis zu führen gesucht, dass auf sie das quasi castrense peculium in Ulpian's Munde nicht gedeutet werden könne. Auf welche Fälle, wird man fragen, ist es denn aber zu deuten?

Zur Beantwortung dieser Frage geben uns die Ulpianischen Stellen selbst einen doppelten Fingerzeig. Sie lehren nämlich erstens, dass Ulpian bei seinem quasi castrense peculium nicht minder, als bei dem castrense peculium, einen filiusfamilias *miles* voraussetzt (s. S. 397), und zweitens geht aus ihnen hervor, dass dieses quasi castrense peculium auch völlig und in jeder Hinsicht unter den nämlichen Rechtsgrundsätzen steht, wie das castrense peculium, dass namentlich der Haussohn über jenes, wie über dieses, unter Lebenden und durch letzten Willen frei verfügen kann. (§. 56 Anm 2.) Daraus lässt sich als sicheres Ergebniss so viel abnehmen, dass Ulpian bei dem quasi castrense

---

8) Vgl. über die L. 52 pr. D. cit. auch noch Buchholtz a. a. O. (Anm. 3) S. 316 ff. und Vangerow, Lehrb. der Pand. I. §. 237 Anm. 1 (7. Aufl. S. 443). Die meisten finden in der Stelle ein adventicium extraordinarium, und vom Standpunkte des Corpus iuris wohl mit Recht. Schon unter den Commentatoren war dieses die allgemein getheilte Meinung laut einer Anmerkung des Contius zu der Stelle in der glossierten Ausgabe des Corpus iuris Paris. 1576. Von Neuern s. z. B. Zimmern, Gesch. des röm. Privatr. I. S. 692, Puchta, Pand. §. 437, Keller, Pand. §. 414 Anm. 7, Böcking, Röm. Privatr. 2. Ausg. S. 216 Anm. 31.



peculium an nichts anderes gedacht haben könne, als an Erwerbungen eines filiusfamilias *miles*, aber an solche, welche ursprünglich und eigentlich nicht zu dem castrense peculium gerechnet, sondern diesem erst später als singuläre Erweiterungen gleichgestellt wurden.

Hierhin gehört zuvörderst kraft einer Verordnung Hadrian's die Erbschaft, welche ein Haussohn während seines Soldatenstandes aus dem Testamente seiner Ehefrau erwirbt (§. 9), und an diese neben anderm ist Marezoll S. 80, 117 geneigt zu denken. Unmöglich ist diese Deutung gewiss nicht. Doch halte ich es nicht für wahrscheinlich, dass man diesen völlig vereinzelten Fall durch eine besondere Benennung ausgezeichnet, und dass man überhaupt für nöthig gefunden haben sollte, ihn besonders hervorzuheben. Näher liegt jedenfalls eine andere Beziehung, die mit dem Inhalte der Ulpianischen Stellen ganz eben so gut vereinbar ist.

Wir haben früher (§. 3 fg.) gesehen, dass das castrense peculium erst ziemlich spät und vermuthlich erst unter Septimius Severus einen zweiten Grundbestandtheil erhielt in den Geschenken beweglicher Sachen, die einem Haussohne bei seinem Eintritt in den Soldatenstand gemacht werden. Nun weisen noch andere Erscheinungen darauf hin, dass dieser Bestandtheil in der ersten Zeit von manchen römischen Juristen, und zwar gerade auch von Ulpian, als etwas anomales betrachtet ward, das zwar an sich ganz nach den Grundsätzen des castrense peculium behandelt werden müsse, worauf aber wenigstens gewisse analoge Anwendungen dieser Grundsätze nicht mit erstreckt werden dürften. (S. 42.) Wie natürlich also in dem Munde dieser Juristen, auf die anomale Natur schon durch die Bezeichnung aufmerksam zu machen und dem anomalen Bestandtheil nur den Namen eines quasi castrense peculium zu gönnen!

Durch diese Annahme gewinnen wir zugleich eine sehr einfache Erklärung für den an und für sich auffallenden Umstand, dass die Erwähnung eines quasi castrense peculium in Stellen keines andern der klassischen Juristen, als eben gerade des Ulpian, zu finden ist. Jene Ansicht von der anomalen Natur des gedachten neuen Bestandtheils war nämlich keine allgemeine.

Soviel wir sehen können, war sie nicht einmal die herrschende. Im Gegentheil scheint die Mehrzahl der Juristen den neuen Bestandtheil von Anfang an mit dem alten, dem Erwerb im Kriegsdienste, auf ganz gleichen Fuss gestellt zu haben. So Papinian, indem er in der L. 23 §. 2 D. de fideic. lib. 40, 5 (S. 37) die Geschenke an den Haussohn bei seinem Abgange zum Kriegsdienste ohne Anstand als castrense peculium bezeichnet. So ferner auch Paulus und Macer und der Kaiser Alexander, indem sie den neuen Bestandtheil neben dem alten gleich in die Begriffsbestimmung des castrense peculium aufnehmen. (S. 43.) Was Wunder also, wenn bei ihnen von einem quasi castrense peculium keine Rede ist!

Das einzige, was sich gegen jene Annahme etwa geltend machen liesse, könnte, soweit ich sehe, bloss eine Berufung auf die Thatsache sein, dass Ulpian selbst in der L. 3 §. 4 D. de donat. int. V. 24, 1 das Geschenk, welches eine Mutter ihrem zum Heer abgehenden Sohne mache, als castrense peculium und nicht, wie man in Gemässheit jener Annahme erwarten müsste, als blosses quasi castrense peculium bezeichne (verb.: „sed si in castra eunti filio dedit, videtur valere, quia filio quaeritur et est *castrensis peculii*"). Allein ist dieses wirklich ein triftiger Einwand? Gewiss nicht, denn es ist ja schon früher darauf aufmerksam gemacht worden, dass der Ausdruck castrense peculium gar nicht selten in einer weitern Bedeutung vorkommt, in welcher er das quasi castrense peculium mit begreift. (S. 400 fg.) Warum sollte ihn nicht auch Ulpian ein oder das andere Mal in diesem weitern Sinne gebraucht haben? Und was insbesondere steht im Wege, in der L. 3 §. 4 cit. an diese weitere Bedeutung zu denken? Kam doch hier ganz und gar nichts darauf an hervorzuheben, dass streng genommen nur eine singuläre Erweiterung des castrense peculium, also nur ein quasi castrense peculium vorliege.[1]

Will man dieses aber als die Ansicht Ulpian's betrachten, und will man daraus das Auftreten eines quasi castrense pecu-

1) Auf einen ähnlichen Wechsel der Ausdrucksweise, und zwar gerade wieder in Stellen von Ulpian, hat Savigny, System des heut. röm. Rechts IV. S. 14 Note 1 hingewiesen.



lium in mehrern von ihm herrührenden Stellen erklären, so verschwinden alle Schwierigkeiten. Jede Annahme von Interpolationen wird überflüssig, und die Berufung auf anteriores leges in dem §. 6 I. de milit. test. 2, 11 gelangt durch den Hinblick auf jene Stellen zu ihrem einfachen Verständnisse.

Nicht minder aber erhellt, dass diese Berufung auf einer mangelhaften Erkenntniss des Sinnes der gedachten Stellen beruht. Nichts lag den Verfassern der Justinianischen Rechtsbücher ferner, als die Geschenke beim Abgange zum Kriegsdienste für ein blosses quasi castrense peculium anzusehen. Hätten sie daher eine Ahnung gehabt, dass Ulpian in jenen Stellen nur diesen Bestandtheil des castrense peculium meine, so hätten sie sich durch dieselben sicherlich nicht zu dem Ausspruche bewegen lassen, dass schon anteriores leges ein quasi castrense peculium gegeben, sondern sie hätten dann aller Vermuthung nach die Erwähnung des quasi castrense peculium in jenen Stellen gestrichen. Allein Ulpian's wahre Meinung war ihnen offenbar schon eben so dunkel und fremd, als den modernen Juristen; gleich diesen bezogen sie seine Aussprüche auf das quasi castrense peculium im Sinne des spätern Rechtes.[2] Das alles begreift sich leicht, wenn man bedenkt, dass Ulpian mit seiner Auffassung der genannten Geschenke als eines blossen quasi castrense peculium so ziemlich allein gestanden zu haben scheint, und dass es seit drei Jahrhunderten niemandem mehr beigefallen war, dergleichen Geschenke anders, denn als ein eigentliches castrense peculium zu betrachten und zu benennen.[3]

Auf jeden Fall muss einleuchten, dass das quasi castrense peculium im Sinn Ulpian's mit dem quasi castrense peculium im Sinne des spätern, insbesondere des Justinianischen Rechtes, ganz

2) Die Erwähnung des filiusfamilias *miles* in der L. 1 §. 6 D. ad SC. Treb. 36, 1 (S. 397) bereitet im Hinblicke auf die alsbald zu erörternde spätere Erweiterung des Begriffes miles dieser Annahme keine besondere Schwierigkeit.

3) Uebrigens könnte bei den anteriores leges in dem §. 6 I. cit. möglicherweise auch an die Verordnungen gedacht sein, durch welche die Consuln, Provincialstatthalter u. s. w. ein quasi castrense peculium erhielten. Vgl. §. 59. Auf die Auslegung der Ulpianischen Stellen hat diese Möglichkeit keinen Einfluss.

und gar nichts zu schaffen hat. Diesem gegenüber erscheint es durchaus als ein eigentliches castrense peculium. Ich kann und muss es daher hier verlassen und werde in der Folge nur noch auf das quasi castrense peculium in jenem spätern Verstande Rücksicht nehmen.

§. 58.

Dieses quasi castrense peculium des neuern Rechtes pflegt man jetzt gemeiniglich auf eine Anzahl einzelner positiver Bestimmungen zurückzuführen, aus welchen sich erst ganz zuletzt eine etwas allgemeinere Regel herausgebildet habe. Zuerst habe nämlich Constantin ein quasi castrense peculium gegeben den palatini, sodann Honorius und Theodosius II. den Assessoren und den Advocaten, Theodosius II. und Valentinian III. den Officialen der praefecti praetorio, Leo und Anthemius den Geistlichen der höhern Weihen, Anastasius den silentiarii. Justinian erst in der L. 37 C. de inoff. test. 3, 28 habe diese einzelnen Verordnungen in den allgemeinen Grundsatz zusammengefasst, dass quasi castrense peculium alles werde, was ein Haussohn aus einem Staats- oder Hofamte oder in Folge der Advocatur erwerbe. Ausserdem habe er in der L. 7 C. de bon. quae lib. 6, 61 als einen neuen Fall des quasi castrense peculium hinzugefügt, was einem Hauskinde von dem Kaiser oder der Kaiserin geschenkt werde, und endlich in der Nov. 123 cap. 19 das quasi castrense peculium der Geistlichen durch Erstreckung auf die subdiaconi, cantores und lectores erweitert.[1]

Auf das Lob der innern Wahrscheinlichkeit kann diese Auffassung des geschichtlichen Herganges von vornherein keinen Anspruch machen. Denn mit welchem Fuge stand aus den genannten einzelnen Bestimmungen ein solcher allgemeiner Grundsatz abzuleiten, wie ihn Justinian angeblich darin gefunden haben soll? Waren es doch aus den zahlreichen Beamtenklassen der spätern Kaiserzeit nur einige wenige, auf welche sich jene Bestimmungen bezogen. Und überdies waren es meist nur Hülfs-

1) Diese Darstellung findet sich z. B. bei Marezoll S. 122 ff., Heimbach in Weiske's Rechtslexikon VII. S. 870 ff., C. O. Müller, Lehrb. der Institutionen S. 647, Brinz, Lehrb. der Pand. II. S. 1187 fg.



beamte (officiales). Wollte man also selbst analoge Ausdehnungen zugeben, so bestand doch offenbar zwischen solchem Hülfspersonal und zwischen den Consuln und Provincialstatthaltern, welche in der L. 37 C. cit. an erster Stelle als Inhaber eines quasi castrense peculium genannt werden, keine genügende Analogie. Und ist es vollends wahrscheinlich, dass die Assessoren und die Advocaten früher ein quasi castrense peculium sollten erhalten haben, als die Richter?

Noch misslicher aber ist es um die äussere Beglaubigung jener Auffassung bestellt. Im Gegentheil stehen die Zeugnisse der Quellen überall mit ihr in Widerspruch.

Justinian erzählt in der L. 37 pr. C. cit.: einigen Inhabern eines quasi castrense peculium stehe die Befugniss zu, darüber zu testieren, doch nicht in Gemässheit der militärischen Privilegien, sondern bloss nach Maassgabe des gemeinen Rechtes. Und zwar sei dieses festgesetzt worden „in *consulibus et praefectis legionum et praesidibus provinciarum* et omnibus generaliter, qui in diversis dignitatibus vel administrationibus positi a nostra consequuntur manu vel ex publicis salariis quasdam largitates“.[2] Weiterhin bemerkt er sodann: in Ansehung aller übrigen Inhaber eines quasi castrense peculium, welchen die Testierbefugniss nicht durch besonderes Privileg verwilligt worden, sei Zweifel entstanden, ob sie testieren könnten: „utputa (de) viris disertissimis *patronis causarum*, virisque devotissimis *memorialibus et agentibus in rebus*, nec non magistris studiorum liberalium, archiatris quoque et omnibus omnino, qui salaria vel stipendia percipiunt publica“.

Die memoriales und agentes in rebus gehören zu den palatini, welchen Constantin ein quasi castrense peculium zugesprochen hat.[3] Ferner muss, was von den Advocaten gilt, nicht minder von den Assessoren gelten. Denn beide haben ihr quasi castrense peculium durch eine und dieselbe Constitution erhalten, und bei den Assessoren ist darin eben so wenig gesagt, als bei

2) Wegen der hier genannten praefecti legionum s. oben §. 55 Anm. 6.

3) Vgl. L. 1, 2, 3, 15 Th. C. de privil. eor., qui in sacro palatio 6, 35. S. auch Sintenis in dem Anhange zu der deutschen Uebersetzung des Corpus iuris VII. S. 1061.

den Advocaten, dass sie über das quasi castrense peculium die Befugniss haben sollten, letztwillig zu verfügen. (§. 61.) Ausdrücklich ist dieses aber auch in der Verordnung nicht gesagt, welche den Officialen der praefecti praetorio ein quasi castrense peculium verleiht.[4] Eben so wenig in derjenigen, die den silentiarii eines gewährt.

Von den sämmtlichen seit Constantin durch besondere kaiserliche Verwilligung mit einem quasi castrense peculium begabten Personen bleiben also als solche, welchen dabei ausdrücklich auch die Testierbefugniss beigelegt worden ist, allein die Geistlichen übrig. Von ihnen war aber auf weltliche Beamte kein analoger Schluss zu ziehen, und sie werden überdem in der L. 37 C. cit. gar nicht einmal erwähnt: Beweis genug, dass sie es nicht gewesen sein können, welche für die juristische Behandlung der Consuln und Provincialstatthalter das Muster hergegeben.

Zu welchem Ergebnisse müsste man sonach mit der gewöhnlichen Auffassung gelangen! In den Musterfällen des quasi castrense peculium hätte wegen Mangels einer ausdrücklichen Bestimmung an der Testierbefugniss Zweifel bestanden; in den weitern Fällen dagegen, zu deren Anerkennung man bloss durch die Analogie dieser Musterfälle gekommen, wäre sie sonder Zweifel und Bedenken angenommen worden! Man braucht dieses Ergebniss nur einfach klar hinzustellen, um sich jeder weitern Widerlegung überheben zu können.

Eine genauere Betrachtung der L. 37 C. cit. muss aber sogar zu dem Eindrucke führen, als ob das geschichtliche Verhältniss das gerade umgekehrte gewesen von demjenigen, welches jene gewöhnliche Auffassung annimmt; als ob nämlich das quasi castrense peculium der Consuln und der sonstigen mit ihnen zusammengestellten Personen nicht jünger, sondern vielmehr älter sei, als das der Advocaten, palatini und andern von Justinian in der zweiten Gruppe genannten. Und diesem Eindrucke fehlt es nicht an anderweiter quellenmässiger Unterstützung. Thaleläus in seiner griechischen Uebersetzung des Codex *κατὰ πόδας* fügt der L. 37 folgende Bemerkung bei:

---

4) Vgl. L. 6 C. h. t. 12, 37.

Πᾶς γὰρ ἀξιωματικὸς, ἅτινα λαμβάνει παρὰ τοῦ βασιλέως, quasi *κανστρέσιον πεκούλιον εἶχεν καὶ ἔχει, καὶ πᾶς ἄρχων ὁμοίως. οὗτοι γὰρ πάντες ἐξ ἀρχῆς εἶχον τὰ* quasi *κανστρέσια πεκούλια, καὶ ἠδύναντο διατίθεσθαι ἐπ' αὐτοῖς, ἔτι ὑπεξούσιοι ὄντες, πλὴν ὅμως κατὰ νόμους.*[5]

Diese Angabe wird bestätigt und damit zu voller Sicherheit erhoben durch die L. 6 Th. C. de post. 2, 10 und ihre Interpretatio in dem Breviarium. Der bessern Uebersicht wegen will ich beides hierhersetzen.

Die Stelle selbst, ein Stück aus einem grössern Erlasse der Kaiser Honorius und Theodosius II. vom 23. März 422, gerichtet an den praefectus praetorio Eustathius, lautet so:

Altero beneficio non solum per forum tuae magnitudinis, sed in universis iudiciis valituro, ut filiifamilias, quicquid ex huiusmodi professione vel ipsius occasione conquisierint, id post patris obitum praecipuum, veluti peculium castrense, proprio dominio valeant vindicare, sub tali forma, *quam militantibus, ex iure praecinctis, cinguli praerogativa detulit.*

Hiezu findet sich in dem westgothischen Gesetzbuche folgende interpretatio:

Quicquid vivo patre filius advocatus de causarum susceptione acquisierit, sibi noverit vindicandum, sicut castrense peculium, quod in armis constituti filii probantur acquirere vel illi, qui iudiciariam vivis parentibus meruerint potestatem.

Das Gesetz beweist, dass es ein Vorzug war, dessen sich die „militantes ex iure praecincti" kraft dieser Eigenschaft erfreuten, auch als Haussöhne gewisse Erwerbungen gleich einem castrense peculium für sich selbst zu machen. Die Interpretatio aber erläutert jenen Begriff, indem sie ihn durch die Nennung

---

5) Das ist nach Heimbach's Uebertragung: Quicunque in dignitatibus est, quae ab imperatore accipit, in quasi castrensi peculio habuit habetque, similiterque omnis magistratus. Hi enim omnes *ab initio* quasi castrensia peculia habuerunt de hisque testamentum facere potuerunt, etiamsi in parentum potestate erant, sed tamen ut secundum leges testamentum conderetur. Die Stelle findet sich in der griechischen Abhandlung eines unbekannten Verfassers über die Peculien cap. 7: Heimbach, *Ἀνέκδοτα* II. p. 257.

der „filii in armis constituti vel illi, qui iudiciariam vivis parentibus meruerint potestatem" ersetzt und wiedergiebt. Es erhellt also, was zu allem Ueberflusse in der Interpretatio ganz ausdrücklich gesagt wird, dass die Haussöhne, welche zu einer richterlichen Stellung gelangt waren, schon damals ein quasi castrense peculium hatten, und ferner, dass ihnen dieses, eben so wie den Soldaten das castrense peculium, ohne weiteres in Folge jener ihrer Stellung zugeschrieben wurde. Ein Ergebniss, das mit dem Berichte des Thaleläus auf das genaueste übereinstimmt.

Dürfen wir aber dem Zeugnisse des westgothischen Erklärers trauen? Wenn es sich um eine feine Rechtsfrage handelte, so möchte ein solches Zutrauen bedenklich sein; allein es ist doch gar nicht abzusehen, warum wir die Zuverlässigkeit einer Angabe anzweifeln sollten, welche die Verfasser des westgothisch-römischen Gesetzbuches darüber machen, was man zu ihrer Zeit im römischen Reiche unter militantes ex iure praecincti und unter der cinguli praerogativa verstand. Und gesetzt, man hätte die Träger einer richterlichen Gewalt nicht mit darunter verstanden, sondern allein die Soldaten, wie hätten dann jene Männer dazu kommen sollen, die ersten in der Interpretatio neben den zweiten zu nennen? [6]

Indessen wir könnten des Zeugnisses dieser Interpretatio füglich entbehren. Steht es doch schon aus andern Quellen fest, dass am Anfange des 5. Jahrhunderts der militärische Gürtel, das cingulum, das allgemeine Abzeichen nicht allein der Soldaten, sondern aller activer Staatsdiener war. Dem entsprechend bezeichnet militia überhaupt den Staatsdienst oder, was dasselbe ist, den kaiserlichen Dienst, und militantes oder praecincti heissen sämmtliche kaiserliche und Staatsdiener. Schon Jacob Gothofredus zu der L. 3 Th. C. de postul. 2, 10 hat dieses nachgewiesen, vornehmlich aus Stellen der Kirchenväter Chrysostomus und

6) Zudem ist es gar nicht unwahrscheinlich, dass auch die Interpretatio zum grössten Theil nicht erst im westgothischen, sondern im römischen Reiche entstanden und von den Verfassern des westgothischen Gesetzbuches nur überarbeitet ist. Vgl. Dernburg, Die Institutionen des Gaius (1869) S. 120 Anm. 1 und meine Schrift über die Turiner Institutionenglosse und den Brachylogus S. 95.



Ambrosius, welche zum richtigen Verständnisse der L. 6 Th. C. cit. und zur gerechten Würdigung des Werthes ihrer Interpretatio aus einem doppelten Grunde von grösster Bedeutung sind. Erstens weil sie in der zweiten Hälfte des 4. Jahrhunderts, und also bereits vor dem Erlasse jenes Gesetzes geschrieben sind; zweitens weil sie zeigen, wie sehr es sich hier um schon damals allgemein bekannte und geläufige Anschauungen und Begriffe handelt. Ich will von diesen Stellen nur die beiden folgenden, ganz besonders schlagenden und beweisenden mittheilen.

In seiner Homilie: *ὅτι χρήσιμος ἡ τῶν γραφῶν ἀνάγνωσις* vergleicht Chrysostomus die apostolische Gewalt mit derjenigen der weltlichen Behörden und macht dabei unter vielen andern interessanten Bemerkungen auch diese:

> *Ἀπὸ τῆς ζώνης δὲ πάλιν δοκιμάζομεν τὸν ἄρχοντα, ἀπὸ τῆς τοῦ κήρυκος φωνῆς, ἀπὸ τῶν ῥαβδούχων, ἀπὸ τοῦ ὀχήματος, ἀπὸ τοῦ ξίφους· ταῦτα γὰρ πάντα ἀρχῆς σύμβολα.*[7]

Fast noch werthvoller für uns ist aber die folgende Aeusserung in einem der Sermones, die man früher dem Ambrosius zuzutheilen pflegte.[8]

> Non tantum de *his militantibus* scriptura loquitur, qui *armata militia* detinentur, sed quisquis *militiae suae cingulo* utitur, dignitatis suae *miles* adscribitur. Atque ideo haec sententia potest dici, verbi gratia, militibus protectoribus, cunctisque *rectoribus* et *cuicumque, qui stipendia sibi decreta consequitur.*

Zu dem allem kommen schliesslich noch zahlreiche unmittelbar aus den Rechtsquellen geschöpfte Belege. Ich will aus vie-

---

7) Sti Chrysostomi opera omnia. Op. et stud. D. Bernardi de Montfaucon. Ed. Paris. alt. Tom. III. (Paris. 1835) p. 93.

8) In alten Ausgaben des Ambrosius findet er sich als Sermo VII., in der römischen als Sermo LXVI. Die Benedictiner-Ausgabe (Venet. 1748 sqq.) lässt ihn ganz weg und verweist auf den Appendix der Benedictiner-Ausgaben des Augustinus, wo er sich als Sermo LXXXII. findet (z. B. Ed. III. Venet. tom. XVI. [Bassani 1797] col. 908 sqq.). Auch Gratian, welcher ein Stück daraus als c. 5 C. XXIII. qu. 1 aufgenommen, schreibt ihn dem Augustinus zu. Doch gehört er diesem eben so wenig an, als dem Ambrosius. Für unsere Zwecke ist die Frage gleichgültig; denn der Sermon stammt jedenfalls aus der damaligen Zeit.

len, wie sie mir ohne viel Suchens aufgestossen sind, nur einige wenige in der Anmerkung zusammenstellen.[9]

§. 59.

Kann es sonach keinem berechtigten Zweifel unterliegen, dass das quasi castrense peculium der Consuln, Provincialstatthalter und ähnlicher Würdenträger früher, als dasjenige der Assessoren und Advocaten, bestanden und für dieses zum Vorbilde gedient habe, so scheint eine Vermuthung, welche Löhr im Archive für die civilistische Praxis X. S. 176 über die geschichtliche Entstehung des quasi castrense peculium ausgesprochen, zu voller Gewissheit oder doch mindestens zu einem sehr hohen Grade von Wahrscheinlichkeit zu erwachsen. Ausgehend von der schon früher erwähnten Annahme, dass bis auf Diocletian und Constantin die höhern Staatsbeamten wirkliche Soldaten gewesen, folgert er nämlich, dass sie auch ein wahres castrense peculium gehabt hätten. Nachdem sie aber in Folge der bekannten Aenderungen der genannten Kaiser zu reinen Civilbeamten geworden, so habe sich ihr seitheriges castrense peculium nunmehr in ein blosses quasi castrense peculium verwandeln müssen.

Dieser Gedanke hat unstreitig viel ansprechendes. Nebendem scheint zu seinen Gunsten auch noch die schon früher (S. 400) mitgetheilte L. 16 §. 12 D. ad SC. Treb. 36, 1 zu reden, welche ein castrense peculium zuschreibt dem filiusfamilias, „qui munus militiae sustinebat *aliove quo officio praeerat*". Das letzte

9) L. 3 C. de numerar. 12, 50 (Valentinian. et Valens a. 365); L. 1 C. ne rei dominic. 7, 38 (Iidem); L. 5 (Quisquis) pr. C. ad L. Iul. mai. 9, 8 (Arcad. et Honor. a. 397); L. 9 C. de palat. sacr. larg. 12, 24 (Iidem et Theodos. a. 405); L. un. C. in quib. caus. mil. 3, 25 (Theodos. et Valentin. a. 439); Nov. Theodos. II. tit. XXV. (a. 444); tit. C. qui militare possunt vel non possunt, et de servis ad militiam vel dignitatem adspirantibus, et ut nemo *duplici militia*, vel dignitate et militia simul utatur 12, 34, besonders L. 4 (Leo), L. 5 (Iustinus a. 524), L. 7 (Iustinian. a. 531); L. un. C. negotiatores ne militent 12, 35 (Iustinian.). — Man vergleiche über die berührten Verhältnisse auch Bethmann-Hollweg, Der röm. Civilprocess III. S. 37 fg., 95, 161, 229, Dahn, Die Könige der Germanen III. S. 174.

wird schwerlich von etwas anderm als der Bekleidung eines höhern Staatsamtes verstanden werden können.[1]

Gleichwohl wird sich auch dieser Gedanke nicht festhalten lassen. Um deswillen nicht, weil wir zu sichere Beweise besitzen, dass in der klassischen Zeit, und dass insbesondere von Ulpian selbst die hohen Staatsbeamten nicht als wirkliche Soldaten angesehen wurden. (S. 402 fg.)

Eher wird man sagen dürfen, dass diesen Beamten ein castrense peculium beigelegt worden sei, als späterhin der Begriff und Name der militia auch auf ihr Amt erstreckt ward, und sie im Zusammenhange damit militärische Amtstracht und Abzeichen erhalten hatten. Möglich, dass über dieses alles eigene Verordnungen ergiengen, und darauf scheint sogar der Bericht Justinian's in der L. 37 C. de inoff. test. 3, 38 (verb. „quemadmodum *constitutum fuerat*") hinzudeuten. Möglich aber auch, dass man ohne jede besondere Bestimmung bloss auf Grund der militärischen Färbung, welche jetzt alle Staatsämter angenommen, sich für berechtigt hielt, den Trägern dieser Aemter ohne weiteres auch ein castrense peculium zuzuerkennen. Oder sollten etwa diese milites von hohem und höchstem Range, welche dem Kaiser doch eben so treue und werthvolle Dienste leisteten, als die milites armatae militiae, — sollten sie als Haussöhne eines Rechtes entbehren, welches jenen selbst schon als gemeinen Soldaten zustand? und sollte, was sie durch den öffentlichen Dienst erworben, ihnen minder, als jenen, zu gute kommen?

Dass diese Vermuthungen nicht aus der Luft gegriffen sind, dass vielmehr in der That eine enge Verknüpfung bestand zwischen der Umbildung des Begriffes der militia und dem castrense peculium,

---

1) Der Ausdruck „officio aliquo praeesse" kommt in diesem Sinn auch vor in der L. 38 §. 1 D. ex quib. caus. mai. 4, 6, ebenfalls von Ulpian. (An dem Ablativ in beiden Stellen darf man, beiläufig bemerkt, keinen Anstoss nehmen, denn praeesse mit dem Ablativ findet sich z. B. auch bei Livius. S. Klotz, Handwörterbuch unter Praesum.) In gleicher Bedeutung tritt „officium aliquod gerere" in mehrern Stellen auf. S. z. B. L. 2 §. 1, 2 D. de his quae ut ind. 34, 9, L. 63, 65 D. de ritu nupt. 23, 3, L. 33 §. 2 D. ex quib. caus. mai. 4, 6. „Ad officium proficisci" sagt Ulpian in der L. 4 §. 2 D. de off. proc. 1, 16 von dem Proconsul.



welches, sei es durch gesetzgeberischen Erlass, sei es durch die Praxis, den genannten Beamten eingeräumt wurde, und dass schon am Anfange des 5. Jahrhunderts das castrense peculium in dem Lichte eines Rechtes erschien, das jedem „militans ex iure praecinctus“ als „praerogativa cinguli“ gebüre: dafür könnte es genügen, mich auf die bereits oben (S. 419) besprochene L. 6 Th. C. de post. 2, 10 zurückzubeziehen. Allein ich bin sogar im Stande, noch einen weitern, kaum minder kräftigen Beleg beizubringen, und zwar in dem folgenden Stück eines zu Gunsten der Advocaten gegebenen Gesetzes Valentinian's III. vom Jahre 442:

> Nov. Valentin. III. tit. II. L. 2 §. 4: His hoc etiam literatae *militiae* contemplatione praestamus, ut, si in familia fuerint constituti, quicquid quolibet titulo positi in advocatione quaesiverint, tanquam peculium castrense defendant, ne praemium laboris alieni aut in alios transferat aut sibi vindicet patrum potestas.[2]

Ungleich schwieriger ist es zu bestimmen, wann jene Begriffsumwandlung sich vollzogen, und seit wann in ihrem Gefolge auch die nicht der armata militia angehörigen Staatsdiener eines castrense peculium theilhaftig geworden. Es liegt nahe, an Diocletian und seine Einrichtungen zu denken. Allein mindestens die Erweiterung des Begriffes der militia ist jedenfalls älter. Sie kann schon dem Anfange des 3. Jahrhunderts nicht mehr ganz fremd gewesen sein, da sich ihre Spuren mit Sicherheit bis dahin zurückverfolgen lassen. Man begegnet nämlich schon in dieser Zeit mehrfach einer auffälligen Betonung der *armata* militia: ein unverkennbares Zeichen, dass neben dieser bereits auch noch eine andere Art von militia angenommen wurde. Diese Betonung der armata militia findet sich z. B. in einem Rescripte des Caracalla von 212, welches als L. 1 C. de iur. et facti ign.

---

2) Man vergleiche auch die bekannte L. 14 C. de advocatis div. iudicior. 2, 7 von Leo und Anthemius (S. 434). Der Ausdruck literata militia findet sich wieder in der L. 8 C. de proxim. sacr. scrin. 12, 19 von Theodosius II. und Valentinian III., angewendet auf die proximi sacrorum scriniorum. S. auch Bethmann-Hollweg, Der röm. Civilprocess III. S. 142 Note 58.

1, 18 im Justinianischen Codex steht. Ferner in einer, in die Digesten zwiefach als L. 6 pr. und als L. 18 de re iud. 42, 1 aufgenommenen Stelle aus dem 66. Buche des Ulpianischen Edictscommentars. Sodann in der L. 4 C. qui dare tut. 5, 34 von Philippus aus dem J. 244, in der L. 2 C. qui milit. poss. 12, 34 (33) von Diocletian und Maximian u. s. w.

Wollten wir schon für die Zeit des Caracalla eine so weit gediehene Befestigung der neuen Begriffsbildung annehmen, dass etwa dieser Kaiser sich zu einer entsprechenden Erweiterung des Gebietes des castrense peculium bewogen gefunden, so wäre für die L. 16 §. 12 D. ad SC. Treb. 36, 1 (S. 400) eine einfache Erklärung gewonnen. Etwas sicheres ist leider bei der geringen Ausgiebigkeit unserer Quellen in Betreff dieser Fragen nicht zu ermitteln.

Nur so viel wird man, wie bereits gesagt, in Rücksicht auf die L. 37 C. de inoff. test. 3, 28 und auf die Anmerkung des Thaleläus zu diesem Gesetze als zuverlässig hinstellen dürfen, dass das (quasi) castrense peculium der höhern Staatsbeamten schon bestand und anerkannt war, bevor noch Constantin durch ein besonderes Gesetz vom J. 326 den palatini ein solches peculium zugesprochen hatte. (S. 418 fg.)

§. 60.

Die weitere Geschichte des quasi castrense peculium macht keine besondere Schwierigkeit mehr. Ihr Weg ist genugsam bezeichnet durch eine Reihe kaiserlicher Verordnungen, die zu einem Theil freilich nur den Zweck gehabt zu haben scheinen, gewisse Fälle des quasi castrense peculium gegen mögliche Bedenken und Zweifel zu sichern.

So scheint es sich namentlich gleich mit dem vorhin genannten Gesetze Constantin's, der L. 15 Th. C. de privil. eor. qui in sacro pal. 6, 35 = L. un. C. de castrensi omnium palatinorum peculio 12, 31 (30), zu verhalten. Denn wie wäre es sonst zu erklären, dass von dem castrense peculium der palatini bereits in einem frühern Gesetze des nämlichen Kaisers, der L. 3 §. 1 Th. C. eod. vom J. 319, gesprochen wird? und zwar, wie der Wortlaut ergiebt („Nemo igitur ex filiis praedictorum vel servis

castrensi peculio conquisitis professionibus censualibus inseratur" rel.), gesprochen wird als von etwas völlig selbstverständlichem, was gar keiner weitern Begründung bedürfe?

Es wird nicht zu gewagt sein, folgende Vermuthung aufzustellen.

Was Löhr von den höhern Beamten mit Unrecht behauptet, trifft für das Hülfspersonal vollkommen zu. Seit der ersten Kaiserzeit kam es nämlich immer mehr in Uebung, zur Besorgung des Büreau- und Subalterndienstes sich der Soldaten zu bedienen. Und die officia der Beamten hatten also nicht bloss eine der militärischen ähnliche Zusammensetzung und Verfassung, sondern die Officialen waren wirkliche Soldaten, die zeitweise vom eigentlichen Kriegsdienste befreit und zur Dienstleistung in der Verwaltung commandiert waren.[1]

Damit hängt es ohne Zweifel zusammen, dass dergleichen Subaltern- und Büreaustellen militiae hiessen. Allein dieser Hülfsdienst in der Verwaltung muss sich doch schon frühzeitig in der allgemeinen Anschauung und auch thatsächlich von dem wirklichen Kriegsdienste geschieden haben. Denn wir wissen aus der L. 22 D. de legat. II. (31), einer Stelle von Celsus, dass bereits am Anfange des 2. Jahrhunderts solche militiae einen Gegenstand des Verkehrs, insbesondere des Verkaufes und Vermächtnisses, bildeten, gerade so, wie schon zu Ende der Republik die damaligen, nicht militärischen, Subalternbedienstungen als verkäuflich behandelt worden waren.[2] Das wäre nicht denkbar, gesetzt dass fortwährend, wie in der Theorie, so auch in der praktischen Handhabung jener Verwaltungs- und Kanzleidienst nur als eine blosse zeitweilige Nebenbeschäftigung eigentlicher Soldaten gegolten hätte. Sehr möglich und wahrscheinlich, dass gerade diese immer weiter gehende thatsächliche Entfernung des niedern Verwaltungsdienstes von dem Kriegsdienste allmählich zu der Vorstellung einer von der armata militia verschiedenen militia, und so zu der Erweiterung des

1) Vgl. Bethmann-Hollweg, Der röm. Civilprocess II. S. 156.

2) Bethmann-Hollweg II. S. 143, besonders Anm. 17.



Begriffes der militia führte, in deren Folge zuletzt jeder Staatsdiener als miles betrachtet und bezeichnet ward. (S. 420, 423 fg.)

Doch wie dem immer sei: jedenfalls behielten diese officia ihrem Ursprunge gemäss stets einen militärischen Charakter. Und sie behielten ihn selbst dann, nachdem im Gefolge der neuen Einrichtungen Diocletian's und Constantin's bei der Trennung der Civil- und Militärverwaltung die Officialen der Civilbehörden aus den Armeelisten gestrichen worden waren.[3] Nur versteht es sich von selbst, dass man jetzt die Officialen noch schärfer als früher von den wirklichen Soldaten (der armata oder legionaria militia) unterschied. Auch verloren jene jetzt manche Vorrechte, die den letztern zukamen, namentlich die Befugniss zur Errichtung eines militärischen Testamentes. Und welchen Grund hätte es auch gehabt, diese Personen für ihre letztwilligen Anordnungen von der Beobachtung der allgemeinen Rechtsregeln zu entbinden, da man doch von ihnen gerade am allerersten Rechts- und Geschäftskenntniss erwartete und verlangte?[4]

Was bisher allgemein von den Officialen überhaupt gesagt worden ist, das gilt ohne Zweifel auch von den unmittelbar am Hofe (in palatio) dienenden Officialen, das heisst den palatini.[5]

---

3) Bethmann-Hollweg II. S. 161, III. S. 15 fg., 135 ff.

4) Vgl. L. 16 C. de test. mil. 6, 21. Wenn hier Anastasius sogar den Officialen der magistri militum, obwohl sie in den Armeelisten fortgeführt würden, das Recht des militärischen Testamentes abspricht, so darf man gewiss den Schluss machen, dass die Officialen der Civilbeamten dieses Recht alsbald mit der Streichung aus den Armeelisten verloren. Vgl. auch noch L. 3 §. 1 C. de apparit. praef. praet. 12, 53 (52) und Bethmann-Hollweg III. S. 135 fg.

5) Der Ausdruck kommt in verschiedener Bedeutung vor. In einem weitern Sinne, so wie er in dem tit. Th. C. 6, 35 de privilegiis eorum, qui in sacro palatio militarunt gemeint ist, bedeutet er alle zum Hofstaate gehörigen Officialen (das heisst also nur untere und mittlere Beamte: „milites inferioris militiae", als welche die palatini in der L. un. Th. C. quibus militantibus ad urb. 14, 11 ausdrücklich bezeichnet werden). In einem engern Sinne werden darunter die Officialen des comes sacrarum largitionum und des comes rei privatae verstanden. S. tit. Th. C. 6, 30 de palatinis sacrarum largitionum et rerum privatarum. Vgl. Sintenis

Auch sie verrathen durch ihre Amtstracht (besonders das cingulum) und durch die gerade in Beziehung auf sie ausserordentlich häufigen Ausdrücke militia, militare, milites u. dgl. einen militärischen Ursprung und Charakter.[6] Sehr begreiflich also, dass Constantin in der cit. L. 3 §. 1 Th. C. 6, 35 ihnen ohne weiteres auch ein castrense peculium zuschreibt.

Nach der strengen Sonderung der Civil- und Militärverwaltung, die Constantin erst vollständig durchgeführt hatte, und in deren Folge wahrscheinlich die palatini der militärischen Testierprivilegien verlustig gegangen waren, mochte unter ihnen die Besorgniss auftauchen, dass vielleicht auch ihr castrense peculium könnte angefochten werden. Zur Beruhigung erliess Constantin die Verordnung vom Jahre 326, worin er dieses Privileg ausdrücklich bestätigt unter Beifügung der schmeichelhaften Begründung, dass, wenn überhaupt irgend ein Erwerb, dann sicherlich derjenige seiner palatini die Eigenschaft eines ex castris gemachten besitze. Doch ich will lieber den Wortlaut der Verordnung selbst reden lassen.

L. 15 Th. C. de privil. cor. qui in sacro pal. 6, 35 L. un. C. de cast. omn. pal. pec. 12, 31 (30). Imp. Constantinus A. ad Severum Pf. U.: Omnes palatinos, quos edicti nostri iam dudum certa privilegia superfundunt, rem si quam, dum in palatio nostro morantur, vel parcimonia propria quaesiverint, vel donis nostris fuerint consecuti, ut castrense peculium habere praecipimus. Quid enim tam ex castris est, quam quod nobis consciis ac prope sub conspectibus nostris acquiritur? Sed nec alieni sunt a pulvere et labore castrorum, qui signa nostra comitantur, qui praesto sunt semper actibus, quos intentos eruditis studiis itinerum prolixitas et expeditionum difficultas exercet. Ideoque palatini nostri, qui privilegiis edicti uti potuerint, peculia sua praecipua retineant, quae, dum in palatio constituti sunt,

im Anhange zu der deutschen Uebersetzung des Corpus juris VII. S. 1061 fg.

6) Vgl. auch Bethmann-Hollweg III. S. 15 fg., besonders Anm. 31, und S. 136.

aut labore, ut dictum est, proprio, aut dignatione nostra quaesiverint.[7]

Dass man später und namentlich zur Zeit Justinian's in dieser Verordnung die eigentliche und ursprüngliche Quelle des castrense oder quasi castrense peculium der palatini erblickte, kann nicht auffallend erscheinen. Ueber die kleine Schwierigkeit, welche die L. 3 Th. C. eod. darbot, half man sich bei der Aufnahme des Gesetzes in den Justinianischen Codex als L. 2 C. de privil. eor. qui in sacro pal. 12, 29 (28) durch die Interpolation: „et habeant castrense peculium" hinweg. Freilich ist dadurch das seltsame Ergebniss entstanden, dass der Codex zwei Gesetze Constantin's enthält, welche beide ein castrense peculium der palatini einzuführen scheinen.[8]

7) Man hat den Ausdruck castrense peculium in dieser Stelle, wie in dem oben genannten frühern Gesetze Constantin's (L. 3 §. 1 Th. C. eod. 6, 35) von jeher nur auf ein wirkliches (quasi) castrense peculium der noch in der väterlichen Gewalt stehenden palatini bezogen. Wie ich glaube, mit Unrecht. Der Ausdruck scheint mir in den beiden Gesetzen in der nämlichen allgemeinern Bedeutung gebraucht zu sein, die wir schon mehrfach angetroffen haben, und in welcher er überhaupt den castrensischen Erwerb, nicht nur eines gewaltuntergebenen, sondern auch eines gewaltfreien Soldaten bezeichnet. Vgl. §. 2 Anm. 10. An diesen Erwerb knüpften sich auch bei Gewaltfreien gewisse Privilegien. So z. B. dass er bei späterer Arrogation des Inhabers ein eigenes, freies Vermögen desselben bleibt (§. 12), dass ein Freigelassener oder ein Emancipierter in Ansehung solcher Erwerbungen das Pflichttheilsrecht des Patrons oder parens manumissor nicht zu berücksichtigen braucht (§. 30), endlich und namentlich dass der castrensische Erwerb bei einem Gewaltfreien, wie bei einem Gewaltuntergebenen, stets von aller Collationspflicht frei ist und dem Inhaber als ein praecipuum vorbehalten wird (§. 27). Constantin's Meinung ist nun die, dass der Erwerb, den die palatini in Folge ihres Amtes machen, ganz und gar und in jeder Beziehung die Eigenschaft eines castrensischen haben und aller mit diesem verbundener Privilegien, insbesondere des letzt genannten, theilhaft sein soll. Daraus folgt denn freilich, dass diesem Erwerbe, falls der palatinus noch Haussohn ist, die juristische Natur des castrense peculium eines Haussohnes zukommt. Und so wird, mag man nun die engere oder die weitere Auslegung anwenden, die Bedeutung der Stellen in dem gegenwärtigen Zusammenhange nicht verändert.

8) Das Verhältniss der beiden Gesetze hat nicht allein den Justinianischen, sondern auch den modernen Juristen Schwierigkeiten



Nicht viel anders, als mit der L. 15 Th. C. cit., scheint es sich zu verhalten mit der L. 6 C. h. t. 12, 37, einem Erlasse der Kaiser Theodosius II. und Valentinian III. an den Praef. Praet. Zoilus, worin sie zu Gunsten der praefectiani, das heisst der Officialen der praefecti praetorio, folgendes verfügen:

> Ius castrensis peculii tam scriniarios quam exceptores ceterosque, qui in officio tui culminis merendi licentiam habere noscuntur, ac si in legione prima adiutrice nostra militent, *inviolatum habere* praecipimus.

Schon der Ausdruck „inviolatum habere" zeigt darauf hin, dass es sich bloss um die Zurückweisung einer von irgend einer Seite her versuchten Anfechtung handelte. Und gerade von dieser Klasse der Officialen ist es doch auch gar nicht zu glauben, dass sie erst durch dieses späte Gesetz ein castrense peculium als etwas ganz neues erhalten haben sollte. Denn das officium der praefecti praetorio ist geschichtlich aus den Prätorianern entstanden und pflegte daher, selbst nachdem Constantin die eigentlichen Prätorianer aufgehoben und den Präfecten alle Militärgewalt abgenommen, von den Kaisern in Erinnerung seines Ursprunges durch den Ehrentitel „legio prima adiutrix nostra"

---

gemacht. Die wenigen Versuche einer Erklärung, denen man begegnet, sind aber durchweg sehr unbefriedigend. Man vergleiche Jac. Gothofredus ad cit. L. 15 Th. C. 6, 35, Retes cap. X. §. 6 (p. 272). — Gewöhnlich wird auf das quasi castrense peculium der palatini auch noch bezogen folgende Stelle in dem Epitaphium Nepotiani des Kirchenvaters Hieronymus (Opp. ex rec. D. Vallarsii t. I. p. 337): „Referret alius, quod in palatii militia sub chlamyde et candenti lino corpus eius (sc. Nepotiani) cilicio tritum sit, quod stans ante saeculi potestates lurida ieiuniis ora portaverit, quod adhuc sub alterius indumentis alteri militaverit et ad hoc habuerit cingulum, ut viduis, pupillis, orphanis, oppressis, miserisque subvenisset." Und weiterhin: „Baltheo posito habituque mutato, quidquid *castrensis peculii* fuit, in pauperes erogavit." Allein aus dem, was Hieronymus unmittelbar vorher von den Lebensschicksalen des Nepotianus schreibt, geht hervor, dass letzterer schon in früher Jugend seinen Vater verloren hatte und von seinem mütterlichen Oheim Heliodorus erzogen wurde. Hier ist es also ganz klar, dass von dem castrense peculium nur in dem in der vorigen Anmerkung besprochenen allgemeinern Sinn die Rede ist.



ausgezeichnet zu werden.[9] Ferner wissen wir ganz bestimmt, dass die praefectiani das cingulum hatten und zu den milites (in dem weitern Sinne) zählten; besonders aus einer Verordnung des Julian, der L. 8 Th. C. de numerar. 8, 1 vom J. 363, welche den numerarii die militärische Würde entzog, und einer andern, wenig spätern von Valentinian und Valens, der L. 11 Th. C. eod. vom J. 365, welche sie den numerarii des praefectus praetorio wieder zurückgab.[10]

Eben so wenig bedurfte es erst noch der besondern Verfügung des Anastasius in der L. 5 C. de silentiar. 12, 16 vom J. 499, um die kaiserlichen silentiarii eines quasi castrense peculium theilhaft zu machen. Denn diese Beamten, welche im Vorzimmer des Kaisers Wache zu halten und für Ruhe zu sorgen hatten, die also im unmittelbaren persönlichen Dienste des Kaisers und unter dem praepositus sacri cubiculi standen, gehörten ja zu den palatini.[11] Es muss wiederum irgend eine besondere Veranlassung gewesen sein, wodurch sich der Kaiser bewogen fand, einen Rechtssatz, den schon Constantin gegen jeden Zweifel sicher gestellt, in der Anwendung gerade auf die silentiarii nochmals einzuschärfen.

§. 61.

Wesentlich anders, als mit den bisher genannten kaiserlichen Verordnungen, verhält es sich mit denjenigen, durch welche die Assessoren, Advocaten und Geistlichen ein quasi castrense peculium erhalten haben.

---

9) Man vergleiche ausser der L. 6 C. cit. auch noch die L. 3 §. 2 C. de appar. praef. praet. 12, 53 (52), Lydus de magistr. III, 3 und Bethmann-Hollweg III. S. 16.

10) Vgl. auch L. 3 §. 1 C. de app. praef. praet. 12, 53 (52) und Bethmann-Hollweg III. S. 150 fg. und S. 154, wo darauf aufmerksam gemacht wird, dass ausnahmsweise sogar die exceptores in dem officium der praefecti praetorio militärischen Stand und Sold hatten, während den exceptores der andern Beamten beides fehlte.

11) Vgl. die Inscriptionen der L. 4 und L. 5 C. de silent. 12, 16, Jac. Gothofredus ad L. 4 Th. C. de decur. 6, 23, Sintenis a. a. O. (Anm. 5) S. 1027, 1061.

Die Advocaten, um mit diesen zu beginnen, wurden im römischen Reiche eben so wenig für eigentliche Staatsbeamten angesehen, als bei uns. Zum Beweise kann die Berufung auf zweierlei Umstände genügen. Erstens wurden sie nicht, wie es doch in der christlichen Kaiserzeit bei allen eigentlichen Beamten und sogar bei den Officialen geschah, vom Kaiser ernannt, sondern ihre Aufnahme unter die Zahl der immatriculierten Advocaten erfolgte auf Grund der Erfüllung gewisser gesetzlicher Bedingungen durch die betreffende Gerichtsbehörde. Zweitens bezogen sie keine öffentliche Besoldung, sondern sie waren auf ihre gesetzlichen, von den Parteien zu zahlenden Gebüren und Honorare angewiesen.[1] Und der Begriff der milites, selbst in dem neuern, weitern Verstande, liess sich auf sie auch schon um deswillen nicht wohl anwenden, weil ihnen die militärischen Abzeichen fehlten, da ihre Amtstracht vielmehr in der toga bestand. Daher der Ausdruck togati als gleichbedeutend mit advocati.[2]

Eben so wenig dürfen die Gerichtsbeisitzer zu den eigentlichen Staatsbeamten gerechnet werden. Zwar hatte die Assessur schon am Anfange des dritten Jahrhunderts eine festere Regelung erhalten. Auch wurden jetzt den Assessoren neben dem Gehalte, den sie kraft freier Uebereinkunft von dem Beamten, bei dem sie thätig waren, bekamen, noch gewisse Bezüge (salarium, später annona genannt) von Staatswegen ausgeworfen.[3] Allein gleichwohl wurden die Assessoren nicht von dem Kaiser angestellt, sondern fortwährend wählte sich jeder Beamte seine Beisitzer aus den dazu fähigen Personen selber, und das Verhältniss zwischen beiden wurde stets als eine Art von blossem Vertrags- und Privatverhältniss aufgefasst. So stellt es sich sogar noch in der Justinianischen Gesetzgebung dar.[4] Den

1) Vgl. über dieses alles Bethmann-Hollweg III. S. 35 fg., 138, 162 ff.

2) Bethmann-Hollweg III. S. 162; Brissonius, De verb sign. s. v. Togatus.

3) Bethmann-Hollweg II. S. 137 fg., III. S. 131 besonders Anm. 22 und 25.

4) L. 4 D. de extraord. cogn. 50, 13; L. 4 D. de assessor. 1, 22; L. 19 §. 10 D. locati 19, 2; L. 1 C. de assessor. 1, 51; Augustin.

Charakter der milites konnte man unter diesen Umständen den Assessoren so wenig beilegen, als den Advocaten.[5]

Allein man musste sich doch leicht überzeugen, dass die Thätigkeit der Assessoren und der Advocaten, die zu damaliger Zeit einer hohen Achtung genossen,[6] für den Staat und das Gemeinwohl nicht minder wichtig und erspriesslich sei, als diejenige der eigentlichen Staatsbeamten. Ganz natürlich also, auch ihnen diejenigen Privilegien nicht vorzuenthalten, deren sich die eigentlichen Staatsdiener bis auf die Subalternen herunter vermöge ihrer Eigenschaft als milites erfreuten. Es ist sehr leicht möglich, dass dabei die bildlichen Ausdrücke: togata, urbana, forensis militia, denen man für die Thätigkeit der Juristen und Advocaten bei Cicero, Lucanus, Valerius Maximus und andern Schriftstellern aus der Zeit der besten Latinität begegnete,[7] die man aber, an eine weitere Bedeutung von militia ohnehin gewöhnt, in einem eigentlichern Sinne verstand, nicht unerheblich mitgespielt haben. Jedenfalls weisen manche Anzeichen darauf hin, dass man seit der Mitte des 4. Jahrhunderts zu einer neuen Ausdehnung des Begriffes von militia neigte, in welcher dieses Wort nicht mehr bloss den eigentlichen besoldeten Staatsdienst, sondern überhaupt den öffentlichen Dienst, das heisst jede mit einem öffentlichen Charakter versehene Thä-

---

Confess. VIII, 6. Vgl. auch L. 3 D. de proxen. 50, 14. Bethmann-Hollweg II. S. 138, III. S. 131.

5) Ich kenne nur eine einzige Stelle, in welcher die Thätigkeit eines assessor als militia bezeichnet wird, die L. un. Th. C. de comit., qui ill. 6, 15 v. J. 413. Allein dieses Gesetz redet bloss von einer ganz bestimmten Art von Assessoren, nämlich von solchen, welche mit dem Range von comites primi ordinis bei activen Staatsbeamten von dem Range der illustres thätig sind. Was von ihnen gesagt wird, darf schwerlich ohne weiteres auf alle Assessoren übertragen werden. Es mag übrigens sein, dass man im 5. Jahrhundert überhaupt keinen Anstand nahm, mitunter auch für das Amt der Assessoren den Ausdruck militia zu gebrauchen, und dass dieses zusammenhieng mit dem, was sogleich im Texte wird ausgeführt werden.

6) S. Bethmann-Hollweg III. S. 166.

7) S. Brissonius, De verb. sign. s. v. Militia nr. 3. Den dort angeführten Stellen sind beizufügen Valer. Max. ,VII 7, 1, VIII, 5, 5.

tigkeit zum Frommen des Publicums und Gemeinwohls bedeutete. Und hierunter fiel denn natürlich auch das Amt der Assessoren und Advocaten.

So reden schon in der L. 1 Th. C. de defens. civ. 1, 29 vom J. 364 Valentinian und Valens von denen, „qui *forensium stipendiorum* egere *militiam*“, wobei sie ohne Zweifel an die Advocaten denken. Freilich könnte diese Redensart mehr bildlich als eigentlich gemeint sein, und überhaupt wird eine klare Einsicht in diese Verhältnisse durch nichts so sehr erschwert, als durch die damals übliche schwülstige Schreibweise, bei welcher man oft genug nicht weiss, ob man es mit einem eigentlichen oder einem bloss bildlichen Ausdrucke zu thun habe. Uebrigens konnte es gerade durch die Uebung, einen gewissen Ausdruck in Beziehung auf ein gewisses Verhältniss häufig als einen bildlichen zu verwenden, besonders wenn, wie hier, noch andere günstige Umstände hinzukamen, leicht geschehen, dass dieser Ausdruck in dem allgemeinen Bewusstsein allmählich den bildlichen Charakter ablegte und zu einem ganz eigentlich gemeinten und verstandenen wurde. Und so wird denn schon eine eigentlichere Bedeutung des Wortes anerkannt werden müssen, wenn Valentinian III. in der Nov. Valent. tit. II. L. 2 §. 4 vom J. 442 (S. 424) erklärt, dass er den Advocaten ein quasi castrense peculium zuspreche „*literatae militiae* contemplatione“. Die praktische Folge, die hier an den Begriff der literata militia geknüpft wird, lässt den Gedanken an eine rein bildliche Redeweise nicht wohl mehr aufkommen. Völlig ausgeschlossen aber ist dieser Gedanke gegenüber der berühmten und viel genannten L. 14 C. de advoc. div. iudicior. 2, 7, einem Erlasse der Kaiser Leo und Anthemius vom J. 469 an den Praef. praet. Illyrici Callicrates, worin, gewiss nicht ohne praktische Zwecke, dem Advocatenstande folgendes schönes Ehrendenkmal gesetzt wird:

> Advocati, qui dirimunt ambigua fata causarum, suaeque defensionis viribus in rebus saepe publicis ac privatis lapsa erigunt, fatigata reparant, non minus provident humano generi, quam si praeliis atque vulneribus patriam parentesque salvarent. Nec enim solos nostro imperio *militare* credimus illos, qui gladiis, clypeis et thoracibus nituntur, *sed etiam advoca-*

tos; militant namque *causarum patroni*, qui gloriosae vocis confisi munimine laborantium spem, vitam et posteros defendunt.

Doch lehrt die Stelle zugleich, dass sich die Begriffe von militia und militare in der Anwendung auf die Advocaten noch keinesweges vollkommen befestigt und aus bildlichen zu eigentlichen verdichtet hatten. Ohne Zweifel wollte sich trotz der von der Gesetzgebung gegebenen Anregungen die herrschende Anschauungs- und Sprechweise nicht recht dazu verstehen, für wirkliche militantes andere gelten zu lassen, als diejenigen, welche die militärischen Abzeichen, namentlich das cingulum, hatten.[8]

Wie sich dieses immer verhalten möge: so viel ist klar zu erkennen, dass im Hinblicke auf die enge Verwandtschaft des Wirkens viele Privilegien der eigentlichen Staatsbeamten, namentlich die Befreiung von mancherlei öffentlichen Lasten, auch den Advocaten und Assessoren zugetheilt wurden.[9] Es kann daher nicht befremden, dass ihnen, im Fall sie noch Haussöhne waren, die Kaiser Honorius und Theodosius II. durch eine an den Pf. P. Eustathius gerichtete Verordnung vom 23. März 422 auch ein quasi castrense peculium verliehen, gleich den Richtern, denen sie bei der Ausübung der Rechtspflege als nicht minder wichtige Factoren zur Seite standen. Die Verordnung ist leider schon in dem Codex Theodosianus aus einander gerissen. Das Stück, welches sich auf die Advocaten bezieht, steht als L. 6 in dem tit. de postulando 2, 10, und ist schon oben S. 419 mitgetheilt worden.[10] Im Justinianischen Codex bildet

8) Diese Vermuthung wird bekräftigt durch folgende Aeusserung des Lydus de magistrat. III, 8: *Τογάτους δὲ Ῥωμαῖοι τοὺς μὴ στρατευομένους καλοῦσι, φαινόλας δὲ περικειμένους, καὶ τοῖς λέγουσι τὰς δίκας μισθῷ συναγορεύοντας.*

9) S. Bethmann-Hollweg III. S. 131, 163 und S. 22 fg.

10) Aus den Anfangsworten dieser Stelle. „Altero beneficio non solum per forum tuae magnitudinis, sed in universis iudiciis valituro“ wollen manche schliessen, dass die Advocaten bei den praefecti praetorio schon früher ein quasi castrense peculium gehabt hätten, wonach denn das Gesetz gar nicht ein ganz neues Privileg geschaffen, sondern bloss

es mit einigen geringen Veränderungen die L. 4 de advoc. div. iudicior. 2, 7. Das andere, von den Assessoren handelnde Stück findet sich im Codex Theodosianus als L. 2 de assess. 1, 35 und wörtlich übereinstimmend im Codex Iustinianeus als L. 7 de assess. 1, 51. Es lautet so:

> Velut castrense peculium filiifamilias assessores (etiam *add. C. Iust.*) post patris obitum vindicent, qui consiliis propriis administratores iuvare consueverunt, si quid licitis honestisque lucris coadunare potuerint.

In der cit. L. 6 Th. C. de postul. ist gesagt, die Advocaten sollten als quasi castrense peculium haben „quicquid ex huiusmodi professione vel ipsius occasione conquisierint". Durch ein Gesetz von Theodosius II. und Valentinian III., die L. 8 C. de advoc. div. iudicior. 2, 7 vom J. 440, erhielt aber das quasi castrense peculium der Advocaten bei den Gerichten der praefecti praetorio und praefecti urbi einen weitern Umfang. Es sollte nämlich alles umfassen, was von ihnen „quolibet casu quolibet titulo" erworben werde.[11] Zwei Jahre später wurde diese Bestimmung von Valentinian III. durch die schon öfters erwähnte Nov. Valent. III. tit. II. L. 2 §. 4 (S. 424) auf sämmtliche Advocaten bei allen Gerichten ausgedehnt. Wahrscheinlich ist aber dieses Gesetz im Oriente niemals zur Anerkennung gelangt; in den Justinianischen Codex wenigstens hat es keine Aufnahme gefunden.[12]

---

einem schon vorhandenen eine weitere Ausdehnung gegeben hätte. So z. B. Jac. Gothofredus ad L. 2 Th. C. de assess. 1, 12 und ad L. 3 Th. C. de postul. 2, 10; Löhr, Uebersicht der Constitutionen von Constantin bis auf Theodos II. und Valentinian III. (1810) S. 91 Anm. 3, Zimmern, Geschichte des röm. Privatrechts I. §. 188 (S. 690). Diese Annahme ist aber offenbar grundlos und wird durch eine genauere Erwägung der genannten Worte (*Altero* beneficio rel.) sogar widerlegt.

11) Nach der Darstellung Marezoll's S. 124 wäre dieser Vorzug nur denjenigen gegeben, „welche aus der advocatio praetoriana oder advocatio praefecturae urbicariae ad fisci patronatum gelangen": Angesichts des Wortlautes der Stelle (verb.: „omneque quod *togatis fori celsitudinis tuae* quolibet casu quolibet adquiritur titulo" rel.) ein offenbares Versehen.

12) Vgl. Erxleben, Lehrbuch des röm. Rechtes Bd. I. S. 181. — Uebrigens wäre es nicht gerade unmöglich, die Vorschrift Valentinian's

§. 62.

Ich komme zu den Geistlichen und berühre damit einen wenig beachteten Gegenstand, der aber für das richtige Verständniss der Entwickelung und Gestaltung der Ständeverhältnisse im Mittelalter von der allergrössten Bedeutung ist.[1]

Schon der Stifter des Christenthums hatte sein Reich, das Reich Gottes (*τὴν βασιλείαν τοῦ θεοῦ*), scharf geschieden von dem Reiche der Welt.[2] In dieser Scheidung liess sich indessen zugleich eine gewisse Vergleichung und Parallelisierung erblicken, und namentlich die Antwort Jesu auf die bekannte Frage wegen des Zinsgroschens: „*Ἀπόδοτε τὰ Καίσαρος Καίσαρι, καὶ τὰ τοῦ θεοῦ τῷ θεῷ*“[3] gestattete die Auffassung, als sollten darin das Reich Gottes und das römische Kaiserreich als zwei ganz analoge aber selbständige Ordnungen neben einander gestellt werden. Ferner bezeichnet der Apostel Paulus an mehrern Stellen die Aufgabe des Christen, den ihm obliegenden Kampf gegen die Welt und Sünde, bildlich als einen Kriegsdienst (*στρατεία*), freilich nicht mit fleischlichen, sondern mit stärkern geistlichen Waffen,[4] und in 2. Timoth. 2 ruft er seinem Gehülfen Timotheus zu: „*Συγκακοπάθησον* (al. *Σὺ οὖν κακοπάθησον*) *ὡς καλὸς στρατιώτης Χριστοῦ Ἰησοῦ*“.[5]

---

ebenfalls nur auf die unmittelbar vorher in dem §. 3 der Stelle genannten Advocaten der praefecti praetorio und urbi zu beziehen. In Rücksicht darauf aber, dass das Gesetz überhaupt von den Advocaten handelt und in seinem Eingange die Absicht ausspricht, ihre schon bestehenden Privilegien durch „novae indulgentiae“ zu erweitern, ist mir die im Text angenommene Auslegung wahrscheinlicher, die sich auch schon bei Jac. Gothofredus ad L. 3 Th. C. de postul. 2, 10 findet.

1) Den theologischen Theil der nachfolgenden Darstellung verdanke ich, gleich vielen andern werthvollen Aufschlüssen und Nachweisungen, meinem Collegen, Herrn Professor Jacobi.

2) So z. B. und namentlich Ev. Ioann. 18.

3) Ev. Matth. 22; Ev. Marci 12; Ev. Lucae 20.

4) 2. Corinth. 10; 1. Timoth. 1. Vgl. Ephes. 6.

5) Dass die Echtheit der Briefe an Timotheus und an die Epheser in neuerer Zeit angezweifelt wird, ist hier natürlich ganz gleichgültig. Genug, dass man sie in der nachapostolischen Zeit für echt ansah.

Diese Keime erhielten durch die Kirchenväter eine weitere Entwickelung. Nichts ist bei ihnen häufiger, als die Vergleichung der geistlichen Kämpfe, welche die Christen zu führen haben, mit den weltlichen Kriegen und als die damit zusammenhängende Bezeichnung der Gläubigen als milites Dei oder Christi.[6] Mittel und Sinnbild des Streites gegen die Welt und Sinnlichkeit ist aber das Fasten und überhaupt die Askese. Im wirklichen und thätigen Kampfe als Streiter Gottes erscheint also der Christ vornehmlich während des Fastens und der Kasteiung.[7] Sehr natürlich darum, dass namentlich den Märtyrern und Asketen der Ehrenname der milites Christi zu Theil wird.

Ganz vorzugsweise war es aber die Aufgabe der Geistlichen, in dem Kampfe gegen die Welt und den Satan als Vorkämpfer voranzugehen. Sie hatten zudem noch die weitere Aufgabe, in ihren Gemeinden den Kampf zu führen für den Glauben und die lautere Lehre gegen Unglauben und Ketzerei. Und in dieser Meinung vornehmlich schien Paulus dem Timotheus die erwähnte Mahnung gegeben zu haben, sich als guten miles Iesu Christi zu bewähren. Unter solchen Umständen und da diese Mahnung, wie man meinte, an einen Bischof gerichtet war, mussten die Geistlichen von Anfang an in einem ganz besondern Sinn als milites Christi oder Dei sich darstellen.[8]

---

6) Vgl. z. B. Tertull. de corona cap. I. (Opp. ed. Oehler. Tom. I. [Lips. 1853] p. 415); Id. ad martyres cap. III. (ibid. p. 9); ferner das als c. 1 C. XXIII. qu. 1 in das Gratianische Decret aufgenommene Stück einer Homilie des Origenes (hom. 15 sup. Iosue), verfasst um das J. 215. (Gratian schreibt die Stelle fälschlich dem Gregorius zu.)

7) Daher die Vergleichung des Fastens mit dem Wachdienste (statio) und die Benennung der Halbfasttage, des Mittwochs und Freitags einer jeden Woche, als dies stationum. Vgl. Pastor Hermae (um 150 in Rom entstanden) lib. III., 5: Quid est, inquit, statio? Et dixi: ieiunium. Tertull. de oratione cap. 14: Similiter de *stationum diebus* non putant plerique sacrificiorum orationibus (das heisst den Gebeten, die beim Abendmahl gesprochen werden) interveniendum, quod *statio* solvenda sit accepto corpore domini (das heisst: weil sie fürchten, durch den Genuss des Abendmahls das Fasten zu brechen). S. auch die §. 60 Anm. 8 (S. 430) mitgetheilte Stelle aus dem Epitaphium Nepotiani des Hieronymus.

8) Vgl. auch die bei Böhmer, Ius eccl. prot. lib. III. tit. XX. §. 74 (ed. II. tom. II. p. 885) mitgetheilte Stelle aus einem Briefe Cyprian's

Nun brachte es aber der Gang der Kirchengeschichte, nach welchem die Stellung der Laien in der Gemeinde mehr und mehr zu einer passiven ward und als actives Element allein die Geistlichkeit übrig blieb, naturgemäss mit sich, dass sich der Begriff der milites Christi nach und nach ausschliesslich auf die Kleriker zurückzog. Und diese Entwickelung musste durch zweierlei Umstände nicht unwesentlich gefördert werden. Erstens durch das Emporwachsen des Christenthums zur anerkannten Staatsreligion. Der bisherige feindliche Gegensatz des Reiches Gottes und des weltlichen Reiches war damit verschwunden und hatte sich in ein enges Bündniss verwandelt. Die Kirche sah sich daher genöthigt, den Grundsatz, den sie bisher nach Kräften aufrecht erhalten, dass sich die Befassung mit weltlichen Angelegenheiten, insbesondere die Verwaltung weltlicher Aemter, mit dem Berufe des Christen nicht vertrage, im allgemeinen fallen zu lassen.[9] Sie musste sich jetzt damit begnügen, die Betheiligung an den weltlichen Dingen den Geistlichen zu untersagen; namentlich die Bekleidung weltlicher Aemter und den der Kirche ganz besonders anstössigen Kriegsdienst. Sie berief sich aber dabei vornehmlich auf den apostolischen Ausspruch in 2. Timoth. 2, der sich an die mehr erwähnte Mahnung: „Συγκακοπάθησον ὡς καλὸς στρατιώτης Χριστοῦ Ἰησοῦ“ unmittelbar anschliesst: „οὐδεὶς στρατευόμενος ἐμπλέκεται ταῖς τοῦ βίου πραγματείαις“. Ferner auf den Satz, dass niemand zweien Herren dienen, dass also ein miles Christi nicht gleichzeitig ein miles saeculi sein könne.[10] Die praktische Bedeutung, welche

(epist. I. edit. Oxon.), geschrieben um die Mitte des 3. Jahrh. Es heisst darin: Scriptum est enim (2. Timoth. 2): nemo *militans Deo* obligat se molestiis secularibus, ut possit placere ei cui se probavit. Quod cum *de omnibus* dictum sit, *quanto magis clerici* molestiis et laqueis secularibus obligari non debent rel.

9) Wegen dieses Grundsatzes vergleiche man die in der vorigen Anm. angeführte Stelle aus Cyprian und Gibbon, History Chapt. 15.

10) Vgl. die Stelle Cyprian's in der Anm. 8. Ferner c. 3 C. XXIII. qu. 8 aus der Predigt des Ambrosius gegen Auxentius vom J. 386; c. 6 C. XII. qu. 1, ebenfalls von Ambrosius um 387; c. 61 D. 50, eine Stelle aus einer Decretale Innocenz des I. vom J. 404: Si quis post remissionem peccatorum *cingulum militiae secularis* habuerit, ad clericatum admitti

auf diese Weise der Begriff des miles Christi in Ansehung der Geistlichen erlangt hatte, musste es von selbst mit sich bringen, dass man diesen Begriff mehr und mehr auf die Geistlichen beschränkte, und dass er zugleich in Beziehung auf sie allmählich jeden bildlichen Charakter verlor. Und diese Entwickelung kann um so weniger befremden, als sie sehr unterstützt wurde durch einen weitern günstigen Umstand, nämlich durch die schon besprochene Erweiterung und Umbildung, welche inzwischen der Begriff der militia erlitten.

In Folge des Bundes der Kirche mit dem römischen Kaiserreiche hatte sich die Auffassung des Reiches Gottes und des weltlichen Reiches als zweier, zwar analoger, aber gegen einander selbständiger Ordnungen keineswegs verloren. Zum Beweise mag dienen ein Brief des Ambrosius an seine Schwester Marcellina und seine Predigt gegen den Auxentius, beides aus dem Jahre 386 und beides veranlasst durch das Verlangen des arianischen Kaisers Valentinian II., oder vielmehr seiner Mutter Justina, den Arianern eine Basilika zu überlassen.[11] Allein

omnino non debet; c. 7 C. XII. qu. 1 von Hieronymus, ebenfalls aus dem Anfange des 5. Jahrh. Ganz besonders beweisend aber sind die sog. canones Apostolorum (eine im 5. Jahrh. gemachte Sammlung, die sich in den neuern Ausgaben des Corpus iuris canonici als Anhang zu dem Decretum findet) c. 80 und 82, und c. 1—7 C. XXI. qu. 3.

11) Diese interessanten Schriftstücke, aus denen Gratian den c. 21 C. XXIII. qu. 8 geschöpft hat, finden sich z. B. in der Benedictinerausgabe des Ambrosius Venet. 1748 sqq. tom. III. col. 900 sqq., 914 sqq. Ich will einige wenige Stellen ausheben. Zuvörderst folgende Sätze aus dem Briefe: (nr. 8) Convenior ipse a comitibus et tribunis, ut basilicae fieret matura traditio, dicentibus imperatorem iure suo uti, eo quod in potestate eius essent omnia. Respondi, si a me peteret, quod meum esset, id est fundum meum, argentum meum, quidvis huiusmodi meum, me non refragaturum, quamquam omnia quae mei sunt, essent pauperum; verum *ea quae sunt divina, imperatoriae potestati non esse subiecta.* Ferner: (nr. 19) Mandatur denique: Trade basilicam. Respondeo: nec mihi fas est tradere, nec tibi accipere, Imperator, expedit. Domum privati nullo potes iure temerare, domum Dei existimas auferendam? Allegatur imperatori licere omnia, ipsius esse universa. Respondeo: noli te gravare, Imperator, ut putes *te in ea quae divina sunt, imperiale aliquod ius habere.* Noli te extollere, sed si vis diutius imperare, esto Deo subditus. Scriptum est: quae Dei Deo, quae Caesaris Caesari. *Ad*

jenes Bündniss brachte doch für die Christen eine unvermeidliche Mischung der innern Pflichten mit sich. Die Kirche musste im allgemeinen anerkennen, dass es nicht minder Beruf und Aufgabe der Menschen sei, für die Aufrechthaltung der weltlichen Ordnung und also für die Interessen des Staates zu wirken, als für die Aufrechthaltung der göttlichen Ordnung und für die Interessen der Kirche.[12] Der reine und ungetheilte Dienst Gottes konnte bloss noch den Geistlichen zur Pflicht gemacht werden. Sie erschienen als die eigentlichen Diener und Beamten Gottes mit dem besondern Berufe, die Angelegenheiten

---

imperatorem palatia pertinent, ad sacerdotem ecclesiae. Aus der Predigt setze ich nur folgende kurze Stelle hierher: (nr. 35) Solvimus quae sunt Caesaris, Caesari, et quae sunt Dei, Deo. Tributum Caesaris est, non negatur; *ecclesia Dei est, Caesari utique non debet addici, quia ius Caesaris esse non potest Dei templum.* Vgl. auch die bei Walter, Lehrb. des Kirchenrechts 13. Ausg. §. 44 Note 5—7 angeführten Stellen Leo's I. (a. 450), des Papstes Gelasius (a. 493) und Justinian's (Nov. 6 praef. a. 535). Selbst die mittelalterliche Lehre von dem Vorzuge der geistlichen Gewalt vor der weltlichen ist dieser Zeit (dem Ende des 4. Jahrh.) nicht fremd. Denn es ist doch nichts anderes, als diese Lehre, wenn z. B. Chrysostomus in der Homilie *ὅτι χρήσιμος ἡ τῶν γραφῶν ἀνάγνωσις* (Opp. stud. Bernardi de Montfaucon. Ed. alt. t. III. Paris. 1835 p. 86 sqq.) in einer durchgeführten Parallele der geistlichen und weltlichen Würden und Aemter den Nachweis unternimmt, dass die Apostel, die geistlichen Consuln, so hoch über den weltlichen Obrigkeiten stünden, als die letztern über Obrigkeit spielenden Kindern. (Die merkwürdige Stelle lautet wörtlich so: *Καὶ ὅτι ἄρχοντές εἰσι πνευματικοὶ* [sc. *οἱ ἀπόστολοι*], *καὶ τοῦτο ἀποδεῖξαι πειράσομαι, ἵνα μετὰ τὴν ἀπόδειξιν μάθητε, ὅτι τοσούτῳ βελτίους εἰσὶν οἱ ἀπόστολοι τῶν ἀρχόντων τῶν βιωτικῶν, ὅσῳ αὐτοὶ οἱ βιωτικοὶ ἄρχοντες τῶν παίδων τῶν παιζόντων ἀμείνους εἰσί.* Dazu kommt noch eine entsprechende etwas spätere Aeusserung.) Chrysostomus giebt aber nicht undeutlich zu verstehen, dass die Macht der Apostel (und also der Kirche) selbst derjenigen des Kaisers überlegen sei. Vgl. auch c. 6 D. 10 (Gregor. Nazianz. a. 371.)

12) Vgl. den in der Anm. 8 zu §. 58 angeführten Sermon und den daraus entnommenen c. 5 C. XXIII. qu. 1, besonders die Worte: Non enim militare, delictum est, sed propter praedam militare, peccatum est. Nec rempublicam gerere criminosum est, sed ideo agere rempublicam, ut rem familiarem potius augeas, videtur esse damnabile. Ferner c. 28 C. XI. qu. 1 (Ambros. a. 376), c. 24 C. XXIII. qu. 5 (Hieronym. a. 386), c. 7 §. 1 C. XII. qu. 1 (Idem c. a. 410).

des Reiches Gottes wahrzunehmen und zu verwalten, gleichwie auf der andern Seite die weltlichen Beamten die eigentlichen Diener des Kaisers waren, denen als solchen die Besorgung der Staatsgeschäfte und weltlichen Angelegenheiten oblag. In der That werden jetzt sehr häufig und sehr allgemein die Kleriker mit den weltlichen Beamten in Parallele gebracht.[13] Nun war aber in dem weltlichen Reiche der Begriff des Beamten gleichbedeutend mit demjenigen des miles. Was kann daher natürlicher sein, als dass man analog diesen milites saeculi unter milites Dei oder Christi die Beamten des Gottesreiches, das heisst die Geistlichen, verstand?

Unter dem zusammenwirkenden Einflusse aller dieser Umstände hatte der Ausdruck miles Dei oder Christi schon am Ende des 4. Jahrhunderts seine ursprüngliche rein bildliche Natur vollständig abgelegt. Er bezeichnete jetzt einfach einen Geistlichen, und sacra oder divina militia u. dgl. war einfach so viel, wie clericatus. Am klarsten geht dieses hervor aus dem in der Anm. 8 zu §. 58 erwähnten Sermon, sei es des Ambrosius, sei es eines andern Kirchenvaters. Nachdem darin ausgeführt worden, dass der Ausspruch Johannes des Täufers im Ev. Lucae 3: „Neminem concutiatis neque calumniam faciatis, sed contenti estote stipendiis vestris“ nicht bloss den milites armatae militiae gelte, sondern allen milites im weitern Sinn, als z. B. auch den Provincialstatthaltern, heisst es weiter:

> Haec autem divina sententia, quae ad *milites* loquitur, potest etiam ad *clericos* retorqueri, quia, etiamsi non militare videamur saeculo, tamen *Deo et Domino militamus,* sicut ait Apostolus: „Nemo militans Deo obligat se negotiis saecularibus“. Videmur, inquam, non militare remissis ac fluentibus

13) Statt jedes weitern Beleges könnte ich mich hier begnügen mit einer Hinweisung auf die vollständige und bis in die kleinsten Einzelheiten durchgeführte Vergleichung der Geistlichen mit den weltlichen Beamten in der oben (Anm. 11) erwähnten Homilie des Chrysostomus. Man beachte aber auch noch folgende bemerkenswerthe Aeusserung in der L. 47 Th. C. de episc. 16, 2, einem Gesetze Valentinian's III. vom J. 425: Fas enim non est, ut *divini muneris ministri temporalium potestatum* subdantur arbitrio.



tunicis, sed habemus *militiae nostrae cingulum*, quo castimoniae interiora constringimus. — — *Milites igitur Christi sumus et stipendium ab ipso donativumque percepimus* rel.

Es fehlt aber nicht an noch mehrern Belegen. Ich nenne z. B. c. 3 D. 77 und c. 56 D. 50, beides Stellen aus einer und derselben Decretale des Papstes Syricius vom J. 385. Wenn es in der ersten Stelle heisst: „qui *ex laico ad sacram militiam pervenire* festinat", so ist dieses wohl der beste Beweis, erstens, dass sacra militia jetzt wirklich nur den Clericat im Gegensatze zu dem Laienstande bedeutete, und zweitens, dass von einer bloss bildlich gemeinten Ausdrucksweise dabei nicht mehr die Rede sein kann. Ferner kann ich mich berufen auf die von den Corr. rom. zu c. 2 D. 77 ihrem vollen Wortlaute nach mitgetheilte Stelle aus einer Decretale des Papstes Zosimus vom J. 418. Sodann auf S. Augustini Epist. 60 (al. 76) §. 1 (geschr. um 401). Endlich auf den c. 1 D. 54 aus einer Decretale Leo's I. von 443.[14] Und gewiss würden sich bei einigem Nachsuchen noch sehr viele weitere Belege finden lassen.

Von der amtlichen Sprache der weltlichen Behörden scheint allerdings die Eigenschaft und Benennung der Kleriker als milites nicht anerkannt worden zu sein. Wenigstens habe ich in den Rechtsquellen den Ausdruck miles Dei oder Christi u. dgl. nirgends entdecken können, und in der L. 4 C. de summa trinit. 1, 1 von Marcian aus dem J. 452 werden sogar die militantes den clerici entgegengesetzt. Der nämlichen Gegenüberstellung begegnet man in der L. 29 C. de pactis 2, 3 von Justinian („propter cingulum *militiae* suae vel dignitatis, vel etiam *sacerdotii* praerogativam"), sowie in der Nov. 123 c. 28 („sive a *clerico*, sive a *quolibet in militia constituto* admonitionem suscipiant", und weiterhin: „si quidem *militat*, cingulum perdat, si vero *clericus* fuerit, a clero removeatur"). Allein eine Auffassung, welche bei den damaligen Kirchenhäuptern so allgemein war, und welche durch die kirchlichen Schriften und Predigten gewiss längst auch Eingang in die

14) Diese Jahreszahl findet sich in der Ausgabe der Opera S. Leonis, besorgt von den Brüdern Ballerini, Tom. I. Venet. 1753 p. 612. In der Böhmer'schen Ausgabe des Corpus iuris can. ist das Jahr 445 angegeben.



allgemeine Sprache und Denkweise des Volkes gefunden, konnte doch auf die weltliche Gewalt nicht ohne Eindruck und Einfluss bleiben. Wenigstens so viel musste zugegeben werden und wurde von den Kaisern als eifrigen Schützern der Kirche willig zugegeben, dass das Amt der Geistlichen nicht minder wichtig und für das Gemeinwohl förderlich sei, als dasjenige der weltlichen Beamten. Und wie man aus dieser Rücksicht bereits auf die Advocaten und Assessoren viele Privilegien der eigentlichen Staatsbeamten übertragen hatte, so musste es billig und gerecht erscheinen, auch die Geistlichen von der Theilnahme an diesen Privilegien nicht auszuschliessen.[15]

Unzweifelhaft waren es diese Erwägungen, aus denen unter andern das Gesetz vom J. 469, im Justinianischen Codex die L. 34 de episc. 1, 3, hervorgieng, durch welches die Kaiser Leo und Anthemius den Geistlichen der höhern Weihen, den episcopi, presbyteri und diaconi, für den Fall, dass sie noch Haussöhne waren, ein quasi castrense peculium gewährten.[16]

Justinian dehnte es später in der Nov. 123 c. 19 vom J. 546 auch auf die subdiaconi, cantores und lectores aus. Schon vorher aber, im J. 539, hatte er durch die Nov. 81 c. 3 bestimmt, dass die Erlangung der bischöflichen Würde ohne weiteres von der väterlichen Gewalt befreien solle. So kommt es, dass in der Nov. 123 c. 19 als Inhaber eines quasi castrense peculium nicht mehr die episcopi, sondern nur noch die presbyteri, diaconi, subdiaconi, lectores und cantores genannt werden.[17]

---

15) Man gab ihnen in der That die nämlichen Privilegien, wie den Staatsbeamten: Freiheit von allen öffentlichen Diensten, von allen Gemeindeämtern und von allen persönlichen Steuern und Abgaben. Vgl. tit. Th. C. de episcopis, ecclesiis et clericis 16, 2; Jac. Gothofredus in paratitlo ad h. t. nr. III., Gibbon, History Chapt. 20, Bethmann-Hollweg III. S. 22, Walter, Lehrb. des Kirchenrechts 13. Ausg. §. 215 Nr. V., VI., VII.

16) Vgl. auch Justinian's Bericht in der L. 50 C. eod.

17) Damit hatten immer noch nicht alle Kleriker ein quasi castrense peculium erhalten, wie man gewöhnlich annimmt (vgl. z. B. Retes cap. X. §. 12 [p. 273]); denn es gab ausser den genannten auch noch Akoluthen, Exorcisten und Ostiarien. Vgl. c. 1 D. 25, c. 1, 2 D. 77.

§. 63.

Endlich erklärte Justinian in der L. 7 C. de bonis quae lib. 6, 61 vom 21. März 530 für ein quasi castrense peculium jedes Geschenk, sei es an beweglichen oder an unbeweglichen Sachen, welches ein Haussohn oder eine Haustochter von dem Kaiser oder der Kaiserin erhalte. Denn da die kaiserliche Stellung (imperialis fortuna) alle andern überrage, so müssten auch die kaiserlichen Freigebigkeiten einen ganz besondern Vorzug geniessen (culmen habere praecipuum).[1] Wie gegenüber dem klaren Wortlaute dieser Stelle („ad similitudinem castrensis peculii“) die Meinung entstehen können, dass dergleichen Schenkungen vielmehr blosse irreguläre Adventicien seien, wäre kaum begreiflich, wenn man nicht die Macht in Rechnung brächte, welche allgemeine Theorieen nun einmal auf die Geister der Menschen zu üben pflegen. Es wird daher passender sein, von dieser Ansicht erst im Zusammenhange mit der allgemeinen Anschauung zu reden, welcher sie ihren Ursprung verdankt. (S. §. 79). Ich begnüge mich hier mit der Erwähnung, dass auch Theodorus und Thaleläus in den Scholien zu Basil. XLV, 4

---

1) So wird der Beweggrund zur Einführung dieser neuen Art des quasi castrense peculium von dem Kaiser selbst angegeben. Es liegt freilich nahe, sie aus einem andern Gedanken abzuleiten und dadurch einen innern Zusammenhang mit den übrigen Arten des quasi castrense peculium zu gewinnen. Jedes kaiserliche Geschenk, so könnte man geneigt sein zu sagen, werde von Justinian als Belohnung irgend welcher besonderer Verdienste um den Staat angesehen und habe um desto eher so angesehen werden können, als in den Augen der römischen Kaiser auch die Besoldungen der Beamten nur als blosse kaiserliche Schenkungen sich dargestellt hätten. Für dieses letztere könnte man sich berufen auf den Ausdruck largitates, welcher für die Besoldungen der Beamten so häufig und insbesondere gerade auch in der L. 37 C. de inoff. test. 3, 28 in unmittelbarer Beziehung auf das quasi castrense peculium vorkommt. Ferner auf die L. 7 C. qui milit. poss. 12, 34, wo Justinian die Beamten als „homines a nostra manu *donationes* accipientes“ bezeichnet. So ist in der That die Auffassung von Bethmann-Hollweg, Der röm. Civilprocess III. S. 229. Allein, wie bestechend sie immer sein möge, so scheint sie mir doch manchem Einwande ausgesetzt, und ich ziehe es vor, bei demjenigen stehen zu bleiben, was Justinian selbst als den Grund seiner Verordnung nennt.

cap. 10, desgleichen der ungenannte Verfasser der öfters angeführten griechischen Abhandlung über die Peculien die Geschenke von Seite des Kaisers oder der Kaiserin zu dem quasi castrense peculium rechnen.[2]

Damit ist das neueste Justinianische Recht zu folgendem Ergebnisse gelangt. Ein quasi castrense peculium haben als Hauskinder:

1) alle aus der kaiserlichen oder Staatskasse besoldeten Personen, natürlich mit Ausschluss der rein militärischen Beamten, welchen ein castrense peculium zukommt. Diesen Grundsatz spricht auf das unzweideutigste die L. 37 pr. C. de inoff. test. 3, 28 aus, und als Beispiele von Personen, denen ein quasi castrense peculium zustehe, nennt sie insbesondere die Consuln, praefecti legionum, praesides provinciarum, ferner die memoriales und agentes in rebus[3], die magistri studiorum liberalium und die archiatri.[4] Gewiss sind aber im Sinne Justinian's auch die Gerichtsbeisitzer in diese Reihe zu stellen, da auch sie einen Staatsgehalt bezogen, und da sonst Justinian sicherlich nicht unter-

2) Und zwar der letztere in cap. 3 (Heimbach, Ἀνέκδ. tom. II. p. 248), in cap. 6 (p. 256), und in cap. 10 (p. 259). Freilich machen die byzantinischen Juristen zwischen dem quasi castrense peculium und den sog. adventicia extraordinaria keinen Unterschied. S. §. 67.

3) Das *κατὰ πόδας* des Thaleläus nennt statt der memoriales und agentes in rebus die *χαρτοφύλακες*, memoriales und magistriani. (S. Heimbach, Ἀνέκδ. tom. II. p. 257). In den Basiliken XXXIX, 1 cap. 59 ist bloss von den *χαρτοφύλακες* und magistriani die Rede. In der Sache macht das keinen Unterschied; denn alle diese Beamten fallen unter den gemeinsamen Begriff der palatini und figurieren bloss als Beispiele und Vertreter der letztern.

4) Die archiatri sind die aus öffentlichen Mitteln besoldeten Oberärzte, welche darum vorzugsweise zur Besorgung der Armenpraxis verpflichtet waren. Vgl. L. 6, 9, 10 C. de professor. et med. 10, 52; Gaupp, De professoribus et medicis diss. (Vratisl. 1827) p. 38 sqq. Sie hatten, wie die Professoren, mit den übrigen Staatsbeamten nicht allein die öffentliche Besoldung, sondern auch manche Privilegien gemein. Vgl. L. 6, 11 C. eod. Deshalb scheint die Praxis auch das Recht des quasi castrense peculium auf sie übertragen zu haben. Die am Hofe angestellten archiatri gehörten übrigens schon zu den palatini und werden ausdrücklich als „in sacro palatio *militantes*“ bezeichnet: L. 11 C. cit.; L. un. C. de comit. et archiatr. 12, 13. In der Anwendung auf die gewöhnlichen archiatri und die Professoren ist mir der Begriff der militia nicht begegnet.



lassen haben würde, sie gleich den Advocaten ausdrücklich zu nennen. Freilich kann es scheinen, als ob Justinian sogar die Gebüren der Advocaten nur als eine Art von öffentlicher Besoldung (unter dem Gesichtspunkte von Sporteln) betrachtet hätte. Wenigstens wird man durch Rücksichten des sprachlichen Zusammenhanges fast unvermeidlich zu dieser Annahme hingeführt. Im neuesten Rechte scheiden übrigens die Consuln, die praefecti praetorio und urbi, nicht minder die magistri militum aus der Zahl der möglichen Träger eines quasi castrense oder castrense peculium aus, da seit der Nov. 81 c. 1 mit der Erlangung einer dieser hohen Würden allemal ein gänzliches Heraustreten aus der väterlichen Gewalt verbunden ist.

2) Die Advocaten.

3) Die Geistlichen der höhern Stufen, nämlich die presbyteri, diaconi, subdiaconi, lectores und cantores. (§. 62 a. E.)

4) Endlich alle von dem Kaiser oder der Kaiserin beschenkten Hauskinder, ohne Unterschied des Standes oder Geschlechtes. Es ist der einzige Fall, in welchem nach dem reinen Justinianischen Rechte eine Frauensperson ein castrense peculium (in dem weitern Verstande) haben kann.

§. 64.

Es ergiebt sich nunmehr die Frage, was in einem jeden dieser Fälle zu dem quasi castrense peculium gehöre. In Ansehung des zuletzt genannten Falles beantwortet sich diese Frage freilich ganz von selbst. Nicht eben so leicht und sicher aber ist ihre Beantwortung für die drei ersten Fälle, weil die Quellen nirgends eine hinreichend bestimmte Angabe machen. Kein Wunder daher, dass man sehr verschiedenen Meinungen begegnet.[1]

Die Erörterung wird am besten bei denjenigen Personen anknüpfen, welche ihr quasi castrense peculium ihrer Eigenschaft

---

1) Man vergleiche namentlich Löhr im Archive für die civilistische Praxis X. S. 177 fg. und Brinz, Lehrb. der Pandekten II. S. 1188 fg. auf der einen, Marezoll S. 129 ff., Sintenis, Pract. gem. Civilrecht III. §. 141 Anm. 65, Heimbach in Weiske's Rechtslexikon VII. S. 870 ff., Vangerow, Lehrb. der Pand. I. §. 235 (7. Aufl. S. 435) auf der andern Seite.

als milites in dem spätern weitern Sinn verdanken, das heisst bei den aus öffentlichen Mitteln besoldeten eigentlichen kaiserlichen und Staatsbeamten. Ihr quasi castrense peculium wurzelt in einer analogen Ausdehnung der Grundsätze, wie sie bei den ursprünglichen milites, den Soldaten, galten. Wir dürfen daher von vornherein erwarten, dass man auch seinen gegenständlichen Umfang völlig nach der Analogie des castrense peculium bemessen habe, und wir sind berechtigt, diesen Schluss für bündig anzusehen, so lange wir nicht auf positive Gegengründe stossen. Stossen wir aber auf solche? Im Gegentheil, jener Schluss wird durch mehrfache Aeusserungen der Quellen sehr entschieden unterstützt und dadurch, wie mir dünkt, zu voller Gewissheit erhoben.

Dass zuvörderst in das quasi castrense peculium falle, was dergleichen Personen unmittelbar durch ihr Amt, an Besoldung, Sporteln, kaiserlichen Spenden u. dgl., erwerben, ist unbestritten und steht durch die unzweideutigen Aussprüche vieler Stellen, namentlich der L. 37 pr. C. de inoff. test. 3, 28, unangreifbar fest.[2] Aber kommen zu dieser Vermögensmasse auch Erwerbungen, die aus dem Amte nur mittelbar fliessen und nur insofern, als der Erwerb ohne die Bekleidung des Amtes nicht gemacht worden wäre? also freigebige Zuwendungen: Erbschaften, Vermächtnisse, Schenkungen, die entweder durch ihren Gegenstand auf den Zusammenhang mit dem Amte hinweisen, oder welche ausgehen von Personen, mit denen der Haussohn bloss durch Vermittelung des Amtes in nähere Beziehungen getreten ist? Und gilt ferner das gleiche für Geschenke beweglicher Sachen, die der Haussohn bei dem Eintritte in das Amt erhalten?

In Ansehung der silentiarii werden alle diese Fragen in der L. 5 pr. C. de silentiar 12, 16 ausdrücklich und unzweideutig bejaht, wie ein Blick auf den Wortlaut am besten ergeben wird:

> Imp. Anastasius Antiocho, praeposito sacri cubiculi: Iubemus, clarissimorum silentiariorum praeditos militia, etsi genitorum suorum in potestate sint constituti, quaecunque solatiorum

2) Vgl. noch Theophil. ad §. 6 I. de mil. test. 2, 11, L. un. C. de castr. omn. palat. pec. 12, 31 (30), L. 5 C. de silent. 12, 16.

seu emolumentorum vel *donationum seu hereditatum* nomine per militiam vel *quamlibet eiusmodi causam* his acquisita sunt vel fuerint, iure castrensis peculii possidere, nec ea posse vel parentes superstites sibimet vindicare vel auferre, vel etiam post eorum obitum fratres vel eorum alios heredes, quasi ad defunctorum dominium pertinentia, in divisionem deducere; nec enim oportet labores eorum aliis fructum vel lucrum afferre. *Hac namque ratione* simul et contemplatione nec ipsam militiam vel suffragium, quodcunque pro ea vel ab iisdem viris devotissimis silentiariis vel a parentibus eorum vel a quolibet alio datum est vel fuerit, ab his patimur in successionem defunctorum parentum conferri seu nomine collationis in medium easdem offerri pecunias vel his imputari.

Was für die Erlangung der Stelle gegeben ist, wird von dem Kaiser offenbar unter den Gesichtspunkt eines Geschenkes zum Eintritte in die militia gebracht und daher, von wem immer die Gabe geschehen sein mag, mit zu dem quasi castrense peculium gerechnet.

Freilich hat später Justinian durch die L. 30 §. 2 C. de inoff. test. 3, 28 vom J. 528 und die L. 20 pr. C. de collat. 6, 20 vom J. 529 verordnet, dass der Inhaber einer militia, zu deren Erwerb ein anderer die Mittel hergegeben, den Geldwerth, den sie bei dem Tode des letztern habe, diesem gegenüber in seinen Pflichttheil einrechnen, nicht minder ihn etwaigen collationsberechtigten Miterben conferieren müsse. Nur den silentiarii wird mit Beziehung auf das Anastasische Gesetz die Befreiung von beidem ausdrücklich vorbehalten. Allein Justinian giebt für seine Verordnung keinen andern Grund an, als dass er dieses eben wolle („volumus"), und wir haben daher das volle Recht, sie als ein blosses Erzeugniss gesetzgeberischer Willkür zu betrachten, woraus weitere Folgerungen nicht gezogen werden können. Anastasius dagegen begründet seine Entscheidung, und in ihr ist daher die Regel zu erblicken, der wir, wo immer die Justinianische Vorschrift nicht im Wege steht, zu folgen haben.

Aber dürfen wir von den besondern Privilegien der silentiarii auf die andern Beamten schliessen? Dieser Einwand Marezoll's S. 131 wäre nur dann ein gerechtfertigter, wenn der Kaiser

Anastasius nicht allgemeine Gründe für seine Entscheidungen anführte, und wenn der Umfang, den er dem quasi castrense peculium der silentiarii beilegt, wirklich etwas so ganz ungewöhnliches und ausserordentliches hätte, als Marezoll annimmt. Allein dieses ist ja offenbar gar nicht der Fall, da sich alles, was der Kaiser dem quasi castrense peculium der silentiarii als Bestandtheil zuweist, sehr einfach aus den Grundsätzen und der Analogie des castrense peculium erklärt.

Marezoll sieht freilich eben darin eine ganz besondere Begünstigung gerade dieser Klasse von Beamten, dass sie völlig wie wirkliche milites behandelt worden seien. Allein man kann dieser Ansicht gewiss nicht beipflichten. Denn ist es nicht vielmehr umgekehrt das natürliche und von vornherein zu vermuthende, dass man das quasi castrense peculium nach den Grundsätzen des castrense peculium bemessen habe? Und wo wird uns denn gesagt, dass die silentiarii ganz besonders begünstigt werden sollten? Auch ist nicht abzusehen, welchen Anlass man zu einer solchen besondern Begünstigung hätte haben sollen. Die silentiarii waren einfach palatini, und auf die nämlichen Rücksichten, die man ihnen schenkte, konnten alle palatini Anspruch machen. Zudem hatte Constantin in der L. un. C. de castr. omn. pal. pec. 12, 31 (30) das quasi castrense peculium der palatini ausdrücklich damit gerechtfertigt, dass ihr Dienst demjenigen der wirklichen Soldaten völlig gleich zu achten sei. Musste man nicht schon um deswillen bei ihnen insgesammt das thun, was Marezoll für ein besonderes, ganz ausserordentliches Privilegium bloss der silentiarii erklärt, nämlich ihr quasi castrense peculium ganz nach der Analogie des castrense peculium behandeln?

Man sieht, wir sind aus mehr als Einer Rücksicht wohl befugt, was in der cit. L. 5 pr. C. 12, 16 von dem Umfange des quasi castrense peculium der silentiarii gesagt wird, nur als eine besondere Anwendung von Grundsätzen zu betrachten, die schon bisher in Ansehung aller palatini gegolten. Und dem steht auch nicht, wie Marezoll S. 122 fg., 135 vermeint, der Wortlaut der L. un. C. cit. entgegen. Denn Constantin verordnet darin, die palatini sollten gleich einem castrense peculium haben „rem, si quam, dum in palatio nostro morantur, vel *parsimonia propria*

quaesierint, vel *donis nostris fuerint consecuti*". Und zum Schlusse erklärt er dieses nochmals als die „peculia, quae, dum in palatio nostro constituti sunt, aut *labore*, ut dictum est, *proprio* aut *dignatione nostra* quaesierint". Alle diese Ausdrücke sind viel zu unbestimmt, um daraus etwas sicheres zu folgern und insbesondere mit Marezoll anzunehmen, dass ausser den kaiserlichen Geschenken bloss noch die Ersparnisse aus den Amtsemolumenten der palatini zu ihrem quasi castrense peculium gehörten. In welchem weiten Sinne die Kaiser „die Früchte der Arbeit" ihrer Hofbeamten verstanden, darüber kann uns wiederum die cit. L. 5 pr. C. 12, 16 belehren.[3] Ueberhaupt lässt sich dieses Gesetz auffassen als eine Art authentischer Interpretation der L. un. C. cit. in der besondern Anwendung auf die silentiarii.

Dass das quasi castrense peculium der Officialen der praefecti praetorio den gleichen Umfang hatte und ebenfalls ganz nach den Grundsätzen des castrense peculium beurtheilt wurde, wird schon aus dem Grunde niemand bezweifeln, weil Theodosius und Valentinian in der L. 6 C. de castr. pec. 12, 37 ausdrücklich verordnen, die praefectiani sollten das ius castrensis peculii *inviolatum* haben, „ac si in legione prima adiutrice nostra militent".

Wenn wir bisher überall die volle Analogie des castrense peculium gefunden haben, und wenn der Grund dieser analogen Behandlung unverkennbar kein anderer war, als der, dass die genannten Beamten die Abzeichen der milites, namentlich das cingulum, hatten und unter den weitern Begriff der milites fielen: so werden wir von selbst geneigt sein, die nämliche Analogie als maassgebend auch anzuerkennen für das quasi castrense peculium der andern Beamten, welche die Eigenschaft der milites im weitern Sinn mit jenen theilten, also z. B. der Consuln, der Präfecten, der Provincialstatthalter u. s. w. Und auch hiefür fehlt es nicht an unmittelbarer quellenmässiger Unterstützung. Wenigstens dass Vermächtnisse und Erbschaften, für deren Zuwendung das Amt die Veranlassung gegeben, in das quasi castrense peculium auch solcher höherer, leitender Beamten fallen, geht

3) Vgl. auch Nov. Valentin. III. tit. II. L. 2 §. 4 (S. 424).

mit Bestimmtheit aus der L. 16 §. 12 D. ad SC. Treb. 36, 1 hervor, einer Stelle, die mindestens als Stück der Justinianischen Gesetzgebung gar nicht anders gedeutet werden kann. Zu dem nämlichen Ergebnisse führt aber auch ein Rückschluss von den Advocaten. Honorius und Theodosius hatten diesen in der L. 6 Th. C. de postul. 2, 10 als quasi castrense peculium zugesprochen, „quicquid ex huiusmodi professione *vel ipsius occasione* conquisierint“, und zwar mit ausdrücklicher Berufung auf die Analogie der „militantes ex iure praecincti“, welche die westgothische Interpretatio erklärt als „in armis constituti vel illi qui iudiciariam meruerint potestatem“. Lässt schon die Zusammenfassung der Soldaten und der mit richterlicher Gewalt bekleideten Beamten unter den gemeinsamen Begriff der militantes ex iure praecincti vermuthen, dass das castrense peculium der einen wie der andern unter den gleichen Regeln gestanden: so ist doch auch ferner ganz sicherlich nicht zu glauben, dass man dem quasi castrense peculium der Advocaten, welches sie gleich den Assessoren erst nach dem Muster der richterlichen Beamten erhielten, eine grössere sachliche Ausdehnung gegeben haben sollte, als demjenigen der letztern. Es ist um so weniger zu glauben, als die Stücke, die hier als Bestandtheile des quasi castrense peculium der Advocaten auftreten: unmittelbares Einkommen aus der Advocatur und durch die Advocatur bloss veranlasste Erwerbungen,[4] gar nichts auffallendes haben, sondern wiederum nur als einfache Anwendungen und Uebertragungen der Grundsätze des castrense peculium erscheinen.

Es wird keines weitern bedürfen, um meinen Satz zu rechtfertigen, dass das quasi castrense peculium sämmtlicher Beamten, denen das cingulum und damit die Eigenschaft von milites in

---

4) Schon ein Scholion zu Basil. VIII, 1 cap. 19 giebt diese Bedeutung des Erwerbes occasione advocationis im Unterschiede von dem Erwerbe ex advocatione ganz richtig an. Es lautet nämlich so:

ὅσα προφάσει] Πολλάκις γὰρ οὐκ ἐξ αὐτῆς μόνης τῆς συνηγορίας ἐκτήσατο, ἀλλὰ προφάσει τοῦ συνηγορῆσαί τις ἐγένετο αὐτῷ φίλος μὴ ἐγνωσμένος αὐτῷ. κἀκεῖνος διατιθέμενος ἔγραψεν αὐτὸν κληρονόμον, ἢ λεγάτον αὐτῷ καταλέλοιπεν, ἢ καὶ περιὼν ἐδωρήσατο αὐτῷ ταῦτα. οὐκ ἔστι μὲν ἐκ τῆς συνηγορίας, προφάσει δὲ τῆς συνηγορίας κτηθέν.

Man vergleiche übrigens §. 6 Anm. 3 (S. 50).

der weitern Bedeutung zukommt, in seiner Zusammensetzung eine vollkommene Analogie des castrense peculium aufweise.[5]

Das quasi castrense peculium dieser Beamten hat aber wiederum für dasjenige der Gerichtsbeisitzer und Advocaten zum Anlass und Muster gedient, und das quasi castrense peculium der letztern ohne Zweifel für dasjenige der magistri studiorum liberalium und der archiatri. Grund genug, auch die Bestandtheile aller dieser quasi castrensia peculia ganz nach der Analogie des castrense peculium zu beurtheilen. Und wir haben dafür eine positive Bestätigung in demjenigen, was die vorhin besprochene L. 6 Th. C. de postul. 2, 10 = L. 4 C. de advoc. div. iudicior. 2, 7 über die Zusammensetzung des quasi castrense peculium der Advocaten verordnet.

Aber muss diese Verordnung nicht auf die Advocaten beschränkt werden? Ich wüsste nicht, aus welchem Grunde. Im Gegentheil sind wir schon darum befugt, sie wenigstens auch auf das quasi castrense peculium der Gerichtsbeisitzer mitzubeziehen, weil diese und die Advocaten ihr quasi castrense peculium durch ein und dasselbe Gesetz erhalten haben. Angesichts dieser Thatsache lässt sich gewiss nicht annehmen, dass man dem quasi castrense peculium der einen andere, engere Grenzen hätte ziehen wollen, als demjenigen der andern. Auch zwingt uns, was das Gesetz (L. 2 Th. C. de assessor. 1, 35 = L. 7 C. eod. 1, 51) und seine westgothische Interpretatio in sehr unbestimmten Ausdrücken von dem Inhalte des quasi castrense peculium der Assessoren sagt, zur Annahme einer Verschiedenheit nicht im allergeringsten. Denn es heisst, die Assessoren sollten als quasi castrense peculium haben, „si quid licitis honestisque lucris coadunare potuerint“, was die Interpretatio wiedergiebt mit den Worten: „quicquid ex iustis et bonis causis acquisierit“. Marezoll's Behauptung S. 123, dass dieses bloss von den Amtslucra verstanden werden könne, und was er dafür als Beweis anführt, kann schwerlich überzeugen. Denn der Satz: „qui consiliis propriis administratores iuvare consueverunt“ soll offenbar nur den Grund andeuten, aus welchem

5) Dieses ist die Ansicht von Löhr und von Brinz und war schon die Ansicht fast aller italienischer Juristen am Ausgange des Mittelalters und seit der Mitte des 14. Jahrhunderts. S. §. 80.

es die Kaiser billig finden, nach dem Muster der administratores auch den Assessoren ein quasi castrense peculium einzuräumen. Und wie aus dem Beisatze „licitis“ zu folgern stünde, dass unter den lucra keine andern, als die lucra aus dem Amte, gemeint seien, ist schwer zu begreifen. Man sieht auch, dass schon die Verfasser der Interpretatio eine solche Folgerung nicht gezogen haben; und doch stand ihnen neben den Gesetzesworten auch noch die lebendige Quelle der Praxis zu Gebote. Jedenfalls wird daher durch die Interpretatio bewiesen, dass, wenn selbst Honorius und Theodosius ihre Worte in dem engen, von Marezoll ihnen beigelegten Sinne gedacht hätten, die Praxis ihnen niemals die entsprechende enge Anwendung gegeben, sondern in sehr verständiger Weise eine durchlaufende Einheit der Grundsätze beobachtet und festgehalten hat.

Unter diesen Umständen dürfen wir trotz, oder vielmehr gerade wegen des völligen Schweigens der Quellen nicht zweifeln, dass das quasi castrense peculium der magistri studiorum liberalium und der archiatri von der Praxis, welcher es überhaupt seine ganze Entstehung verdankt, nach den nämlichen Grundsätzen beurtheilt worden sei.

Von dieser durchgängigen Regel macht jedoch das quasi castrense peculium der bei den Gerichten der praefecti praetorio und praefecti urbi immatriculierten Advocaten kraft der besondern Bestimmung der L. 8 C. de adv. div. iudicior. 2, 7 vom J. 440 eine Ausnahme. Es soll alles umfassen, was sie „quolibet casu quolibet titulo“ erwerben. Darunter ist also aller und jeder Erwerb begriffen, natürlich mit Ausnahme eines unerlaubten, eine Ausnahme, auf welche durch das Erforderniss eines titulus genugsam hingedeutet wird. Und gegenüber jenem weiten Ausdrucke und dem zwiefachen quolibet lässt sich nicht zweifeln, dass sogar auch alle Geschenke von Seite des Gewalthabers zu dem quasi castrense peculium gehören sollen.

Im weströmischen Reiche wurde, wie wir schon früher gesehen haben (§. 62 a. E.), dieses weitgehende Privileg zwei Jahre später auf alle Advocaten ausgedehnt, eine Ausdehnung, die jedoch in der östlichen Reichshälfte niemals Anerkennung erhalten zu haben scheint.

§. 65.

Wenn die eben erwähnte Ausnahme von der Regel rein auf kaiserlicher Willkür und der Absicht einer besondern Bevorzugung beruhte, so dürfen wir bei den Geistlichen eine volle Analogie des castrense peculium von vornherein gar nicht erwarten. Aus einem doppelten Grunde nicht. Erstens weil sie von der weltlichen Gewalt als militantes nicht anerkannt wurden (S. 443), zweitens aber und hauptsächlich, weil die Kirche von dem Grundsatze ausgieng, dass ein Geistlicher aus seinem Amte nichts eigenes zu erwerben vermöge, sondern dass alles, was er in Folge seines Amtes erwerbe, der Kirche gehöre und bei seinem Tode, gleich dem Peculium eines Sklaven, an die Kirche zurückfallen müsse. Nur anderweitig erworbenes Gut betrachtete sie als sein eigenes, worüber er unter Lebenden und durch letzten Willen frei verfügen könne, und welches bei seinem Tod an seine Erben komme.[1] Das weltliche Recht scheint freilich diese Grundsätze vorerst noch nicht als für es maassgebende behandelt zu haben. Erst Justinian gab ihnen durch die L. 42 §. 2 C. de episc. 1, 3 vom J. 528 und durch die Nov. 131 c. 13 vom J. 545 eine Anerkennung in Betreff der Bischöfe. Alles, so verordnet er, was ein Bischof, nachdem er Bischof geworden, aus Testament oder Schenkung oder irgend einem andern Grunde erwerbe, solle der Kirche gehören und von ihm auf keinerlei Weise weder unter Lebenden noch durch letztwillige Verfügung veräussert werden können. Als sein eigenes Vermögen solle nur gelten, was er bereits vor der Erlangung der Bischofswürde erworben oder was ihm während des Amtes von den allernächsten Verwandten zukomme. Man sieht, im ganzen ist gerade

---

1) Vgl. wegen aller dieser Sätze: c. 23 C. XII. qu. 1 (conc. Antioch. a. 341); c. 6 C. I. qu. 2 (Hieronym. c. a. 382); c. 7, 8 eod. (Pomer. c. a. 496); c. 1 C. XII. qu. 3 (conc. Carth. III. c. a. 397); can. Apost. 39, 40=c. 21, 22, 24 C. XII. qu. 1; c. 19 eod. (conc. Agath. a. 506); c. 1 X de testam. 3, 26 (Gregor. I. a. 597); c. 1 C. XII. qu. 5 (Gregor. I. a. 604). Vgl. auch tit. X de peculio clericorum 3, 25. Walter, Lehrbuch des Kirchenrechts 13. Ausg. §. 262; Heimbach in Weiske's Rechtslexikon VII. S. 885 ff.

dasjenige der freien Verfügung der Geistlichen entzogen und von ihnen als Gut der Kirche und der Armen zu behandeln, was bei den Soldaten und den weltlichen Beamten, ihre Eigenschaft als Haussöhne vorausgesetzt, in das castrense und quasi castrense peculium fällt.

Wenn nun aber auch die weltliche Gewalt bei ihrer Rechtsprechung vielleicht nicht nach Maassgabe dieser Grundsätze verfuhr, so musste sie doch ihre Befolgung von Seite der Geistlichen als Gewissenspflicht anerkennen und achten.[2] Und es wäre ein wahrer Hohn gewesen, wenn Leo und Anthemius den Bischöfen, Presbytern und Diaconen als Haussöhnen zwar ein quasi castrense peculium gegeben, jedoch die Bestandtheile desselben der gewöhnlichen Regel entsprechend einfach nach der Analogie des castrense peculium bemessen hätten. Denn was hätte diesen Personen die kaiserliche Erlaubniss genützt, frei über Güter zu verfügen, die sie, ohne gegen ihre ersten und obersten Pflichten zu verstossen, gar nicht als ihr Eigenthum, sondern lediglich als eines der Kirche ansehen und behandeln durften?

War man aber einmal genöthigt, von der gewöhnlichen Regel abzuweichen, so musste es auf dem Standpunkte der damaligen Zeit als durchaus angemessen und gerechtfertigt erscheinen, für den Zuschnitt des quasi castrense peculium der Geistlichen das Muster herzunehmen von denjenigen Personen, die in Ansehung des Umfanges ihres quasi castrense peculium die meist begünstigten waren, das heisst von den bei den Gerichten der praefecti praetorio und urbi immatriculierten Advocaten. Alles übrige konnte man füglich der kirchlichen Disciplin und dem eigenen Gewissen der Geistlichen überlassen; war doch auch gegenüber den gewaltfreien Geistlichen die Beobachtung der kirchlichen Vorschriften durch keine andern Bürgschaften gesichert,

---

2) Und dass zum mindesten so viel geschah, erhellt aus folgender Aeusserung des Kaisers Constantius in der L. 2 C. de episc. 1, 3 = L. 14 Th. C. eod. 16, 2 vom J. 357: Si quid enim vel parsimonia, vel provisione, vel mercatura, honestati tamen conscia, congesserint (sc. clerici), *id in usum pauperum atque egentium ministrari oporteat*, aut id quod ex eorundem ergasteriis vel tabernis conquiri potuerit et colligi, *collectum id religionis existiment lucrum.*



und die weltliche Gewalt hatte gewiss keinen Grund, sich in Ansehung der gewaltuntergebenen Geistlichen mehr, als in Ansehung der gewaltfreien, in die innern kirchlichen Angelegenheiten einzumengen.

Diese Bemerkungen schienen mir nicht ganz überflüssig, um die L. 34 C. de episc. 1, 3 und die Nov. 123 c. 19 von vornherein in die richtige Beleuchtung zu setzen. Eine Reihe von Streitfragen, die sich auf diese Gesetze beziehen, wären schwerlich entstanden, wenn man sich um die Behandlung der Vermögensverhältnisse der Geistlichen im 5. und 6. Jahrhundert etwas genauer hätte bekümmern wollen. Ich muss aber, bevor ich von diesen Streitigkeiten rede, die Stellen selbst mittheilen. Die L. 34 C. cit. lautet so:

> Impp. Leo et Anthemius AA. Erythrio P. P.: Sacrosanctae orthodoxae fidei episcopi atque presbyteri, diaconi quoque, qui semel probatis moribus integritate castissima ad hunc gradum meruerint pervenire, ea *quaecunque in eodem clericatus gradu locoque viventes acquirere et habere potuerint*, etiamsi in patris avique aut proavi potestate constituti sint, et adhuc superstites habeantur, tamquam bona propria vindicent, de his, si quando eis libitum fuerit, testandi vel donandi vel quolibet alio titulo alienandi libera facultate concessa, ut ea bona quoquo tempore nunquam fratribus vel sororibus aut ex his genitis conferantur, sed ad eorum filios, posteros et quoscunque extraneos heredes perveniant, nec a patribus, avis aut proavis, sed ab ipsorum liberis tamquam praecipua vindicentur, et certe his lucro cedant, quibus ipsi id peculium vel inter vivos alienatione habita vel mortis tempore ultima et iure cognita voluntate concesserint.

In der Nov. 123 c. 19 aber verordnet Justinian (nach der versio vulgata) folgendes:

> Presbyteros autem et diaconos et subdiaconos et cantores et lectores, quos omnes clericos appellamus, res *quolibet modo ad eorum dominium venientes* (τὰ πράγματα τὰ ἀφ' οἱουδήποτε τρόπου εἰς τὴν αὐτῶν δεσποτείαν περιελθόντα) habere sub sua potestate praecipimus ad similitudinem castrensium

peculiorum et donare secundum leges et in his testari, licet sub parentum sint potestate, sic tamen, ut horum filii aut his non exstantibus parentes eorum legitimam partem ferant.

Wer die vorhin dargelegten Verhältnisse kennt, für den enthalten diese Stellen die volle Bestätigung dessen, was sich zum voraus vermuthen liess, dass nämlich die Zusammensetzung des quasi castrense peculium der Geistlichen sich nicht nach der gewöhnlichen Analogie des castrense peculium richtet. Aber auch wer jene Verhältnisse nicht kennte, den scheint schon ein Blick auf den klaren Wortlaut der beiden Verordnungen zu dem gleichen Ergebnisse hinführen zu müssen. Trotzdem ist die Ansicht aufgetreten, dass, analog dem castrense peculium, das quasi castrense peculium der Geistlichen nur aus demjenigen bestehe, was sie durch ihr Amt oder aus Anlass desselben erworben hätten. Und diese Ansicht war nicht einmal eine vereinzelte und seltene Erscheinung. Im Gegentheil war sie während des ganzen Mittelalters die herrschende, was mit der später zu besprechenden damaligen Gesammtauffassung des castrense und quasi castrense peculium zusammenhängt. In Deutschland hat sie diese Herrschaft noch bis zu dem Ende des vorigen Jahrhunderts behauptet.[3]

In der neuesten Zeit ist sie dagegen vollständig verlassen. Dass noch andere Erwerbungen der Geistlichen, als die durch ihr Amt vermittelten, zu ihrem quasi castrense peculium gehören, darüber besteht gegenwärtig volle Einhelligkeit. Und nur noch darum dreht sich ein Streit, ob dieses Peculium auch sogar das von dem Gewalthaber herrührende Vermögen befasse, oder

3) Ich nenne als Anhänger dieser Ansicht z. B. Odofredus, Super Cod. prima parte. In L. Sacrosanctae et L. Cum lege Leonina C. de episcopis (fol. 26 col. I., fol. 28 col. I.); Bartolus ad L. Sacrosanctae C. cit.; Salicetus ibid. et ad Auth. Presbyteros C. eod.; Sichard ad L. 4 C. fam. erc. 3, 36 nr. 3; Pinellus, Var. resol. lib. I. cap. V. nr. 19 (p. 87 sq.); Hub. Giphanius in Inst. II, 9 per quas pers. §. 1 verb. „exceptis videlicet"; Diod. Tulden, Comm. in Cod. I, 3 de episc. nr. 6; Brunnemann ad L. 34 C. de episc.; Lauterbach, Colleg. XV, 1 §. 15; Cocceji, Ius civ. controv. XV, 1 qu. 2; Hofacker, Princ. iur. civ. §. 569.

ob solchen väterlichen Zuwendungen nur die gewöhnliche Natur eines profecticium zukomme. Für jenes hat sich vorzüglich Löhr im Archive für die civilistische Praxis X. S. 164, für dieses vornehmlich Marezoll S. 125 ff. erklärt. Zu einem Uebergewichte oder gar zu entschiedener Herrschaft ist bisher weder die eine noch die andere der beiden Parteien gelangt.[4]

So lange wir uns bloss auf dem Boden des reinen römischen Rechtes bewegen, trage ich nicht das allermindeste Bedenken, mich für die erste, weitergehende Ansicht zu erklären. Wer nur den unbefangenen Eindruck der beiden Gesetze auf sich wirken lässt, der muss von selbst zu ihr hingeführt werden, und durch die Rücksicht auf die Advocaten, die sich in der östlichen Reichshälfte zu einem Theil, in der westlichen sämmtlich eines gleich weitgehenden Privilegiums erfreuten, wird diese Auslegung noch sehr entschieden unterstützt und gefestigt. Die Gegengründe Marezoll's aber lassen sich sämmtlich leicht aus dem Felde schlagen.

Marezoll führt in erster Reihe innere Rücksichten vor. Dass der geistliche Filiusfamilias auch das ex re patris erworbene für sich behalten solle, würde, meint er, eine so bedeutende Abweichung von der, selbst noch im neuesten römischen Rechte

4) An Marezoll haben sich unter den spätern angeschlossen: Sintenis, Pract. gem. Civilr. III. §. 141 II. und Anm.65 unter e; Puchta, Vorles. §. 435 ad 2 (jedoch mit ganz willkürlicher Ausnahme des Falles, wenn der Vater den entschiedenen Willen gehabt habe, das zugewandte zum Eigenthum des Sohnes zu machen); Vangerow, Lehrb. der Pand. I. §. 235 (7. Aufl. S. 435); Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilr. §. 67 Nr. 4 (mit der Puchta'schen Einschränkung). Löhr dagegen folgen: Thibaut in Braun's Erörterungen II. S. 351 fg. und im System des Pand.-R. 8. Ausg. §. 252; Mühlenbruch, Lehrb. des Pand.-R. §. 566; Göschen, Vorles. §. 731; Keller, Pand. §. 416; Windscheid, Lehrb. des Pand.-R. §. 516 Anm. 7; Brinz, Lehrb. der Pand. Abth. II. S. 1188. Aeltere Vertreter der Löhr'schen Ansicht sind Paulus de Castro ad L. Sacrosanctae C. de episc. nr. 1 und 3 und ad L. Cum lege eod.; Iason ad L. Filiae licet [12] C. de collat. 6, 20 nr. 4—7; Glück, Commentar XIV. §. 906 Nr. VIII. (S. 364), XXXIV. S. 138 ff. Auf Marezoll's Seite stehen unter den ältern: Covarruvias a Leyva, De testamentis cap. IX. nr. 1 (Opp. Francof. ad M. 1592 p. 49); Retes cap. X. §. 12 (p. 273); Majansius §. 16 (p. 267).

geltenden und dort bestimmt bestätigten Regel sein, dass sie ohne die klarste Vorschrift der Gesetze nicht könne angenommen werden. Allein war es im Jahre 469 und vor Justinian's L. 6 C. de bon. quae lib. 6, 61 eine minder bedeutende Abweichung von der Regel, dass der geistliche Haussohn alles und jedes nicht ex re patris erworbene als quasi castrense peculium haben solle? Und ist es nicht im Hinblicke auf das Privileg gewisser Arten der Advocaten von vornherein wahrscheinlich, dass die Kaiser Leo und Anthemius auch zu Gunsten der Geistlichen jene weit gehende Ausnahme von der Regel machen wollten?

Dieser Annahme stehe aber, sagt Marezoll weiter, auch schon der Wortlaut der L. 34 C. cit. im Wege. Denn es heisse darin: „quaecunque — — acquirere et habere *potuerint*". Nun könne aber, selbst nach dem neuesten römischen Rechte, ein Haussohn *ex re patris* nichts erwerben. Wohl; aber konnte er zur Zeit des Gesetzes alles nicht ex re patris herrührende erwerben? Ganz entschieden nicht, und Marezoll hätte also, um folgerecht zu sein, die Vorschrift der L. 34 C. cit. auf diejenigen wenigen Erwerbungen einschränken müssen, die damals schon Adventicien wurden, nämlich auf die bona materna, materni generis und lucra nuptialia. Ist es zu glauben, dass die Kaiser bei dem umfassenden Ausdrucke: „quaecunque — — acquirere et habere potuerint" bloss an ein solches Ergebniss gedacht haben sollten? Aber noch mehr. Wer recht consequent sein wollte, der dürfte, zumal wenn er mit Marezoll davon ausgienge, dass Privilegien immer möglichst strict zu interpretieren, selbst an den genannten Adventicien den Geistlichen als quasi castrense peculium nur das nackte Eigenthum zusprechen. Denn nur dieses „können sie (nach Maassgabe der von Marezoll herbeigezogenen gewöhnlichen Rechtsregeln) für sich erwerben", während Genuss und Verwaltung dem Gewalthaber zufällt. Allerdings dürfte dann die Anwendung des Gesetzes nicht ohne Schwierigkeit sein. Kurz man sieht, zu welchen Zielen ein solches spitzfindiges Steifen auf die Worte nothwendig hinführen müsste, und eines mehren wird es wohl nicht bedürfen, um diesen Weg als einen falschen aufzuweisen. Damit will ich nicht sagen, dass die Worte: „quae-

cunque acquirere et habere *potuerint*" ohne Absicht und Bedeutung geschrieben seien. Allein wer sich erinnert an das am Anfange des Paragraphen gesagte, dem kann die Erklärung nicht zweifelhaft sein. Offenbar nämlich enthalten jene Worte nur eine Anspielung an die erwähnten kirchlichen Vorschriften und Grundsätze.

Noch weniger kann für Marezoll die Ausdrucksweise Justinian's in der Nov. 123 c. 19: „res quolibet modo ad eorum dominium venientes" beweisen. Denn erstens ist klar und wird von Marezoll selbst zugegeben, dass der Kaiser hier nur die Verordnung von Leo und Anthemius über den Umfang des quasi castrense peculium der Geistlichen einfach wiederholen will. Selbst abgesehen hievon aber verhält es sich zweitens mit diesen Worten der Novelle nicht anders, als mit den oben angeführten der L. 34 C. cit. Sie sind nicht gemeint als eine Hindeutung auf die gewöhnlichen Rechtsregeln über die Erwerbungen der Hauskinder (dann würde Justinian seinen Gedanken ohne Zweifel ganz anders verclausuliert haben), sondern bloss als eine Anspielung auf die Grundsätze und Regeln der Kirche.

Endlich legt aber Marezoll noch ein bedeutendes Gewicht auf die Nov. 81 c. 1—3. Sie gebe neben mehrern hohen weltlichen Beamten auch dem Bischofe das Privileg, durch Erlangung der Bischofswürde ohne weiteres aus der väterlichen Gewalt herauszutreten. Zugleich werde bestimmt, einem in dieser Weise gewaltfrei gewordenen solle das Peculium, welches er bisher innegehabt, gelassen, geschenkt werden. Darunter könne unstreitig bloss das ex patris substantia auf den Haussohn gekommene sog. profecticium verstanden sein. Nun könne man aber zur Bischofswürde nur mittels Hindurchgehens durch die Stufe eines Presbyter gelangen. Angenommen also, dass schon seit Leo und Anthemius in das quasi castrense peculium der filiifamilias presbyteri auch das ex re patris erworbene fiele: so wäre bei demjenigen, der Bischof werde, ein peculium profecticium gar nicht möglich; folglich würde jene Vorschrift der Nov. 81 allen Sinn verlieren.

Diese Schlussfolgerung hat vielen Schein. Allein man betrachte nur die Novelle etwas genauer, und es ist nicht schwer, die

Waffe umzudrehen und ihre Spitze gegen Marezoll selbst zu kehren. Im ersten Capitel des Gesetzes verordnet nämlich Justinian, dass verschiedene hohe weltliche Würden (im allgemeinen alle diejenigen, mit denen eine Befreiung von der Curie verbunden sei) auch von der väterlichen Gewalt befreien sollten. Dieses solle gelten von denjenigen, die jetzt dergleichen Würden bekleideten, und von denen, die sie in Zukunft bekleiden würden. Den einen wie den andern solle die Gewaltfreiheit zu Theil werden, die ihnen das Peculium schenke und Selbständigkeit gebe u. s. w. (*καὶ τούτοις αὐτεξουσιότης ἀκολουθείτω, τό τε peculiον αὐτοῖς χαριζομένη, καὶ τὸ αὐτόγνωμον διδοῦσα κ. τ. λ.*). Man sieht, von der Schenkung des Peculiums ist nur ganz beiläufig die Rede, als von etwas, das sich gleich der Selbständigkeit als eine blosse einfache und selbstverständliche Folge an den Eintritt der Gewaltfreiheit knüpfe, wie denn beides in der That auch mit der Emancipation verknüpft war. Auf eine solche beiläufige Bemerkung ist es gewiss nicht zulässig, weit reichende Schlüsse zu bauen. Noch viel weniger aber erscheint es als zulässig, wenn man den Inhalt der folgenden Capitel beachtet. In cap. 2 wird nämlich verfügt, dass diese Art der Befreiung von der väterlichen Gewalt keine capitis dominutio mit sich führen solle, und in cap. 3 heisst es endlich: vor allem sollten auch die Bischöfe unmittelbar durch die Erlangung ihrer Würde aus der väterlichen Gewalt heraustreten. Von irgend etwas weiterm aber, insbesondere von einer Belassung des Peculiums ist hier nirgends die Rede. Durch diese einfache Wahrnehmung wird dem logischen Aufbau Marezoll's sein ganzes Fundament entzogen. Wohl aber kann man schliessen, dass Justinian auch hier das Peculium erwähnt haben würde, gesetzt dass ein zur Bischofswürde gelangender ein solches überhaupt hätte haben können.

§. 66.

Nachdem die Zusammensetzung des quasi castrense peculium ihre genugsame Erörterung gefunden, muss nunmehr von seiner rechtlichen Behandlung die Rede sein. In dieser Beziehung kann ich mich aber freilich auf wenige Worte beschränken. Denn das Recht des quasi castrense peculium ist völlig das gleiche,

wie dasjenige des castrense peculium, und hat an der gesammten Entwickelung des letztern Theil genommen, wie früher schon an den treffenden Orten bemerkt worden ist. Bloss darüber bestand nach Justinian's Bericht in der L. 37 C. de inoff. test. 3, 28 und in dem §. 6 I. de mil. test. 2, 11 ein Zweifel, ob sämmtlichen Inhabern eines quasi castrense peculium auch die Testierbefugniss zustehe. Manchen derselben war nämlich in der Verordnung, auf welche man ihr quasi castrense peculium zurückführte, diese Befugniss nicht ausdrücklich beigelegt worden. Als Beispiele nennt Justinian die Advocaten, die palatini, die magistri studiorum liberalium und die archiatri. Er hätte aber auch noch die Gerichtsbeisitzer hinzufügen können und die Empfänger der erst von ihm selbst für quasi castrensische Güter erklärten kaiserlichen Geschenke. (Vgl. S. 417 fg.) Es war die Frage, ob demungeachtet auch diesen Personen das Recht der letztwilligen Verfügung über ihr quasi castrense peculium dürfe zugeschrieben werden. Der Zweifel kann indessen kaum ein sehr ernstlicher gewesen sein, wenigstens wenn wir dem Theophilus ad §. 6 I. cit. trauen dürfen, welcher von einer *μικρά τις ἀμφιβολία* spricht. Vielleicht hatte er sich überhaupt erst in Folge eines von Justinian selbst herrührenden Gesetzes, der L. 11 C. qui test. fac. 6, 22 vom 29. Juli 531, erhoben. (§. 33 Anm. 12.) Um mindestens für die Zukunft alles klar zu stellen, verordnete Justinian am 1. September des nämlichen Jahres durch die L. 37 C. de inoff. test. 3, 28, aus welcher er der Vorsicht halber einen Auszug auch in den Titel qui testamenta facere possunt vel non unmittelbar hinter jenem störenden Gesetze, als L. 12, einrücken liess, und auf die er auch in dem §. 6 I. cit. ausdrücklich hinweist: dass sich mit einem jeden quasi castrense peculium ohne Ausnahme auch die Testierbefugniss verbinden solle. Auf jeden Fall kann seitdem von einer Verschiedenheit in der rechtlichen Behandlung des castrense und quasi castrense peculium keine Rede mehr sein.[1]

---

1) Ungeachtet der völlig klaren und unzweideutigen Vorschrift der genannten Stellen, dass alle („omnes omnino", wie die L. 12 C. cit. sagt), denen nach den Gesetzen ein quasi castrense peculium zustehe, auch

§. 67.

Um mit dem reinen römischen Rechte vollständig abzuschliessen, bedarf es nur noch einer kurzen Erörterung der Frage, ob man nicht im Sinne Justinian's auch die sog. adventicia extraordinaria oder irregularia als quasi castrensia peculia betrachten und diesen beizählen müsse.

Zunächst ist so viel sicher, dass ihnen Justinian nirgends ausdrücklich den Namen eines quasi castrense peculium giebt. Allein damit ist die Frage noch nicht abgethan. Denn gesetzt dass er sie ganz nach den nämlichen Grundsätzen, wie ein quasi castrense peculium, behandelt hätte, so müssten wir sie trotz jener Vermeidung des Namens für quasi castrensia peculia erklären, gerade so wie Justinian selbst in der L. 50 C. de episc. 1, 3 kein Bedenken trägt, aus einem ähnlichen Verfahren von Leo und Anthemius in der L. 34 C. eod. ein quasi castrense peculium abzuleiten.

Nach Lage der Sache kommt alles darauf an, ob den Hauskindern in Betreff der adventicia extraordinaria Testierfähigkeit zusteht, oder nicht. Finden wir das erste, so sind diese Güter

---

darüber sollten testieren dürfen, wird dieses dennoch von Bened. Pinellus, Var. resol. lib. I. cap. V. (p. 82 sqq.) geleugnet in Ansehung des in der L. 7 C. de bon. quae lib. 6, 61 von Justinian selbst eingeführten quasi castrense peculium, nämlich der Geschenke von Seite des Kaisers oder der Kaiserin; denn auf diesen Fall passe weder der Wortlaut noch der Geist der L. 37 C. de inoff. test. 3, 28. Der eigentliche Grund ist der, dass die Testierbefugniss über die genannte Art des quasi castrense peculium mit den mittelalterlichen Theorieen nicht stimmen wollte: der nämliche Grund, aus welchem bis auf die neueste Zeit die meisten Schriftsteller hier überhaupt gar kein quasi castrense peculium, sondern bloss ein adventicium irregulare angenommen haben. (§§. 79, 85.) Uebrigens ist die von Pinellus ausgeführte Ansicht, dass die L. 37 C. cit. nicht jeglichen Inhabern eines quasi castrense peculium, sondern nur den in dem princ. der Stelle genannten die Testierbefugniss verleihe, auch in unserer Zeit wieder aufgestellt worden von Unterholzner in der Tübinger krit. Zeitschrift für Rechtswissenschaft V. S. 210, und zwar offenbar ganz unabhängig von Pinellus und ohne seine Ausführung zu kennen, da Unterholzner sonst gewiss nicht unterlassen haben würde, sich auf sie zu berufen.

ihrem Wesen nach quasi castrensia, und es besteht kein Grund, sie durch eine besondere Benennung von ihnen zu scheiden.[1]

Gegen die Fähigkeit der Hauskinder zu einer letztwilligen Verfügung über ihre adventicia extraordinaria pflegt man aber vor allen Dingen aus mancherlei innern Rücksichten zu streiten. Es sei allgemeines Princip, sagt Marezoll S. 432 (s. Anm. 1), dass ein filiusfamilias als solcher keine Testierfähigkeit habe. Dass gleichwohl ein Hauskind über sein castrense und quasi castrense peculium testieren könne, sei nur eine scheinbare Ausnahme, weil es in Ansehung dieser Peculien dem paterfamilias völlig gleich gestellt und behandelt werde. So etwas habe aber bloss durch die bestimmteste gesetzliche Vorschrift bewirkt werden können und verstehe sich nicht von selbst.

Gewiss nicht, erwidere ich; allein darum handelt es sich ja eben, ob nicht aus den Bestimmungen Justinian's über die sog. adventicia extraordinaria ebenfalls eine Gleichstellung des Hauskindes mit einem paterfamilias zu folgern sei. Und muss nicht vom Standpunkte Marezoll's für die Absicht einer solchen Gleichstellung von vornherein alle Wahrscheinlichkeit sprechen? Nimmt doch Marezoll S. 439 fg. an, dass das Hauskind über seine adventicia extraordinaria unter Lebenden ganz frei, und namentlich auch durch Schenkung, verfügen könne. Welchen Grund hätte es da gehabt, ihm gerade nur die letztwillige Verfügung zu versagen, ein Verbot, dass doch so leicht auf dem Weg einer Schenkung zu umgehen war? Steht es überhaupt zu vermuthen, dass Justinian, dem doch sonst überall die möglichste Vereinfachung des Rechtes so sehr am Herzen lag, es

1) Man vergleiche über diese Frage einerseits als Vertheidiger der herrschenden die Testierfähigkeit versagenden Lehre z. B. Glück, Commentar XXXIV. S. 123 ff., Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht und Process VIII. S. 431 ff.; Vangerow, Lehrb. der Pand. II. §. 428 II. (7. Aufl. S. 73 fg.); andererseits als Vertreter der entgegengesetzten Ansicht Car. Witte, De luctuosis hereditatibus disp. (1824) p. 13 sq. — Unterholzner in der Tübinger krit. Zeitschrift für Rechtswissenschaft V. S. 209 fg. ist zwar geneigt, die Unterscheidung der adventicia extraordinaria von dem quasi castrense peculium zu verwerfen, aber freilich aus dem umgekehrten Grunde, weil zu dem Wesen des quasi castrense peculium die Testierbefugniss nicht nothwendig gehöre.

selbst wieder völlig unnöthiger Weise durch kleinliche und praktisch kaum zu handhabende Unterscheidungen hätte verwickeln wollen?

In der That die allgemeinen Erwägungen, wenn man einmal alles bloss auf sie abstellen dürfte, sprechen ungleich mehr zu Ungunsten, als zu Gunsten der herrschenden Meinung, und letztere handelt gewiss nur in ihrem eigenen wohlverstandenen Interesse, wenn sie sich auf das allgemeine Gebiet gar nicht verlocken lässt, sondern lediglich bei den positiven Aussprüchen Justinian's stehen bleibt.

Aber auch diese sind ihr nicht eben allzu günstig. Sogleich das erste Gesetz, wodurch Justinian ein adventicium extraordinarium eingeführt, die L. 8 C. de bon. quae lib. 6, 61 vom 29. Juli 531, scheint ihr auf das offenbarste zu widerstreiten. In dem §. 5 dieses Gesetzes findet sich nämlich folgende Stelle:

> Filiis autem familias in his *duntaxat* casibus, in quibus ususfructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, *nec de iisdem rebus testari permittimus*, nec citra voluntatem eorum, quorum in potestate sunt, ulla licentia concedenda dominium rei ad eos pertinentis alienare vel hypothecae titulo dare vel pignori assignare. Melius enim est, coarctare iuveniles calores, ne cupidini dediti tristem exitum sentiant, qui eos post dispersum exspectat patrimonium. Quum enim, sicut dictum est, parentes alere eos secundum leges et naturam compellantur, quare ad venditionem rerum suarum prosilire desiderant?

Wird man nicht durch das Wort duntaxat mit Nothwendigkeit zu dem Schlusse vom Gegentheil geführt, dass den Hauskindern über die Güter, an denen der Gewalthaber kein Genussrecht habe, die Testierbefugniss verwilligt sei? Und zu Gunsten dieses Schlusses scheint man sich auch noch berufen zu dürfen auf eine Aeusserung des Theophilus zu dem pr. I. quib. non est perm. 2, 12. Nachdem er nämlich die Verschiedenheiten des peculium paganum und castrense aufgezählt und darunter an erster Stelle, dass der Haussohn über dieses testieren könne, über jenes nicht, bemerkt er zum Schlusse:

Τὰ δὲ εἰρημένα περὶ τῶν καστρενσίων, νόει καὶ ἐπ' ἐκείνων τῶν μὴ προςποριζομένων τῷ πατρὶ ἐκ τῶν διατάξεων κατὰ διαφόρους αἰτίας.[2]

Muss dieses nicht auf die adventicia extraordinaria bezogen werden? und ist damit nicht auch für sie die ganze Theorie des castrense und quasi castrense peculium als maassgebend erklärt?

Diesen gewichtigen Gründen, welche namentlich Witte geltend gemacht hat, vermag man mit Fug nicht viel mehr entgegenzustellen, als die L. 11 C. qui test. facere possunt 6, 22, erlassen am gleichen Tage (29. Juli 531) mit der L. 8 C. cit. Denn, wenn Marezoll S. 438 auch noch den Ausspruch des princ. I. quib. non est perm. 2, 12 herbeizieht:

> Praeter hos igitur, qui castrense peculium vel quasi castrense habent, si quis alius filiusfamilias testamentum fecerit, inutile est, licet suae potestatis factus decesserit:

so hat diese Stelle offensichtlich erst dann eine Beweiskraft, wenn es feststeht, dass im Sinne Justinian's die adventicia extraordinaria nicht für quasi castrensia peculia zu achten. Das ist aber gerade erst die Frage.

Eher könnte man sich noch etwa auf die Bestimmung am Schlusse des princ. der cit. L. 8 C. 6, 61 berufen, dass bei Rechtsstreitigkeiten über die adventicia extraordinaria der Sohn als Kläger wie als Verklagter der Zustimmung seines Gewalthabers bedürfe, zu deren Gewährung dieser freilich von Gerichtswegen genöthigt werden könne. Diese Bestimmung trifft, wie wir gesehen haben, das castrense und quasi castrense peculium nicht (S. 357 fg.), und aus diesem Einen Unterschiede könnte man geneigt sein, einen Schluss auf noch weitere Unterschiede zu ziehen. Allein ein solcher Schluss hätte sehr geringen Halt. Denn erklärt sich jene Vorschrift Justinian's nicht sehr einfach aus der Eigenthümlichkeit des Falles, für welchen er sie giebt? Der Haussohn hat wider den Willen seines Gewalthabers einen Erwerb gemacht, als z. B. eine Erbschaft angetreten. Kann der

---

2) Das ist nach der Uebersetzung von Reitz: Quae vero de castrensibus dicta sunt bonis, intellige etiam de his, quae patri non adquiruntur ex constitutionibus propter varias causas.

Processgegner das mit Sicherheit wissen? Und läuft er nicht, gegen den Sohn allein die Sache führend, dringende Gefahr, dass der Gewalthaber später auftreten könnte mit der Behauptung, der Sohn sei gar nicht zu der Verhandlung des Rechtsstreites befugt gewesen? Diese Gefahr hat Justinian vor Augen gehabt, wie aus seinen Worten erhellt: „ne iudicium sine patria voluntate videatur consistere". Durch die erwähnte Bestimmung hat er sie zu beseitigen gesucht und wirklich auf die einfachste Weise beseitigt.[3] Es ergiebt sich aber, dass diese Bestimmung für den Fall, um den es sich handelt, ganz eben so viel Nützlichkeit und praktische Bedeutung behält, mögen wir nun die adventicia extraordinaria und insbesondere die von einem Hauskinde wider den Willen seines Gewalthabers gemachten Erwerbungen für quasi castrensia peculia ansehen, oder nicht.

Es bleibt also in der That allein die L. 11 C. qui test. fac. 6, 22 übrig. Sie lautet so:

> Nemo ex lege, quam nuper promulgavimus, in rebus, quae parentibus acquiri non possunt, existimet aliquid esse innovandum, aut permissum fuisse filiisfamilias cuiuscunque gradus vel sexus testamenta facere, *sive sine patris consensu bona possideant secundum nostrae legis distinctionem, sive cum eorum voluntate.* Nullo etenim modo hoc eis permittimus, sed antiqua lex per omnia conservetur, quae filiisfamilias, nisi in casibus certis, testamenta facere nullo modo concedit, et in his personis, quae huiusmodi facultatem habere iam concessae sunt.

Bedenkt man, dass dieses Gesetz gleichzeitig am nämlichen Tage mit der cit. L. 8 C. de bon. quae lib. 6, 61 erlassen wurde, so erhellt von selbst, dass bei der „lex, quam nuper promulgavimus" nicht an die letztere, die L. 8, gedacht werden darf, sondern bloss an die L. 6 C. eod. vom 30. October 529.

---

3) So wird die praktische Bedeutung dieser Justinianischen Vorschrift von Marezoll selber S. 442 ff. aufgefasst, welcher daher ihre Anwendung mit Recht auf den in dem princ. der L. 8 C. cit. behandelten Fall des adventicium extraordinarium beschränkt. Ebenso Vangerow, Lehrb. der Pand. I. §. 237 Anm. 2 Nr. 2 (7. Aufl. S. 444), Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts §. 517 Nr. 3.



Wiederum scheint aber die „nostra lex", von der nachher die Rede ist, keine andere zu sein, als die am Anfang erwähnte. Das wäre also ebenfalls die L. 6 C. cit., und somit stünde für den erst in der L. 8 C. cit. normierten Fall, in welchem der Gewalthaber an gewissen Gütern seiner Hauskinder nicht einmal Genuss und Verwaltung erhält, aus der L. 11 C. cit. ganz und gar nichts zu folgern. Im Gegentheil gewinnt es den Anschein, dass diese nichts wolle, als nur noch bestimmter verfügen und gegen jedes Uebersehen sicher stellen, was schon die L. 8 C. cit. in ihrem §. 5 beiläufig ausgesprochen, dass nämlich in Ansehung der gewöhnlichen Adventicien einem Hauskinde keine Testierbefugniss zustehe.

Freilich ist der Einwand zu erwarten, dass mit der „nostra lex" die L. 6 C. cit. nicht gemeint sein könne, weil sich in ihr eine Unterscheidung der in der L. 11 angedeuteten Art nicht vorfinde. Indessen möchte bei einem Hinblicke auf den Inhalt des §. 2 der L. 6 C. cit. geg. Ende über dieses Bedenken wohl noch hinwegzukommen sein, und zwar mittels einer Erklärung, welche bei weitem weniger gewaltsam wäre, als diejenige, welche Marezoll gegenüber dem §. 5 der L. 8 C. cit. anwendet. Allein ich erkenne die Triftigkeit dieses Einwandes an. Ich gebe zu, dass man bei unbefangener Betrachtung nicht anders kann, als die in der L. 11 erwähnte „nostra lex" mit ihrer Unterscheidung, ob ein Hauskind Güter mit dem Willen oder gegen den Willen des Gewalthabers besitze, von der L. 8 C. cit. zu verstehen. Besonders um deswillen, weil die beiden Gesetze an dem nämlichen Tage erlassen sind, und weil also sicherlich anzunehmen ist, dass jedes im Gedanken und mit unmittelbarer Beziehung auf das andere verfasst sei. Sonach würde denn allerdings auch bei den adventicia extraordinaria die Testierbefugniss ausdrücklich ausgeschlossen sein.

Aber, wird man fragen, ist dieses mit der oben (S. 466) mitgetheilten Stelle aus dem §. 5 der L. 8 C. cit. vereinbar? Auf den ersten Blick scheint die Vereinigung unmöglich; bei näherer Betrachtung lässt sie sich indessen, wie ich glaube, in befriedigender Weise gewinnen. Versetzen wir uns mit Hülfe der Andeutungen, welche Justinian in dem princ. der

L. 8 und in der L. 11 C. cit. giebt, in die damalige Sachlage hinein!

Die L. 6 C. cit. hatte, wie nicht zu verwundern, mancherlei Streitigkeiten hervorgerufen. Sie drehten sich hauptsächlich um zweierlei Fragen: erstens, wie der Fall zu behandeln sei, wenn über die Annahme eines dem Hauskinde angebotenen adventicischen Erwerbes eine Uneinigkeit zwischen ihm und seinem Gewalthaber bestehe; zweitens, ob ein Hauskind über seine Adventicien, als über ein eigenes Vermögen, letztwillig verfügen könne. Diese Streitigkeiten sollten jetzt geschlichtet werden. Und zwar geschah dieses in Rücksicht auf die bevorstehende zweite Ausgabe des Codex nicht durch ein einziges Gesetz, sondern durch zwei verschiedene, aber gleichzeitige, Gesetze, das eine bestimmt für den Titel de bonis quae liberis rel., das andere für den Titel qui testamenta facere possunt vel non. In dem letzten wird verordnet, dass die Hauskinder über ihre Adventicien nicht testieren könnten, gleichviel, ob sie solche, gemäss der in dem andern Gesetze, der L. 8 C. cit., gemachten Unterscheidung, mit der Zustimmung des Gewalthabers oder ohne seine Zustimmung besässen. Wenn aber hienach der Gesetzgeber in der L. 11 C. cit. auf diese Unterscheidung der L. 8 C. cit. Rücksicht und Bezug nahm, so musste ihm natürlich bei der Abfassung der letztern auch die Vorschrift der L. 11 C. cit. vorschweben. Und namentlich die Stelle in dem §. 5 der L. 8 cit., auf welche es hier ankommt, ist ganz sichtlich in unmittelbarem Hinblicke auf die L. 11 geschrieben. Es erhellt aus dem wörtlichen Gleichlaute der Sätze: „nullo etenim modo hoc (sc. testamenta facere) eis permittimus“ in der L. 11 und „nec de iisdem rebus testari permittimus“ in jener Stelle des §. 5 der L. 8. Demnach erlangt aber diese Stelle folgenden Sinn: „Nur in denjenigen Fällen, in welchen der Gewalthaber den Genuss der Vermögensstücke hat, erlauben wir den Hauskindern bei Lebzeiten des Gewalthabers keines von beiden: weder das eine, was wir nach unserm andern Gesetze vom heutigen Tage überhaupt bei keiner Art von Adventicien erlauben, nämlich über dergleichen Vermögensstücke zu testieren, noch auch das andere, was bei den irregulären Adventicien statthaft ist, nämlich ohne Zustimmung des Gewalt-

habers sie in anderer Weise zu veräussern oder zu verpfänden." Das duntaxat wird also von Justinian bloss in dem Gedanken an das zweite der beiden mit nec eingeleiteten Satzglieder gesetzt, und nicht auch in Beziehung auf das erste. Man lese die Stelle mit einiger Aufmerksamkeit und mit steter Vergegenwärtigung, dass sie in unmittelbarem Hinblicke und gleichsam mit derselben Feder, wie die L. 11 C. cit., geschrieben ist, und man wird diese Auslegung nicht gezwungen finden.

Das Ergebniss, dass Justinian die adventicia extraordinaria nicht als quasi castrensia peculia betrachte, wird noch bestärkt durch die L. 37 C. de inoff. test. 3, 28 vom 1. September 531. Von sämmtlichen darin erwähnten Arten des quasi castrense peculium passt keine einzige selbst nur annähernd auf die adventicia extraordinaria. Gesetzt aber, dass Justinian auch in den letztern nichts anderes, als quasi castrensia peculia erblickt hätte: wäre es dann anzunehmen, dass er diesen neuen, wichtigen, erst wenige Wochen zuvor von ihm eingeführten Fall des quasi castrense peculium in der L. 37 C. cit. völlig unerwähnt gelassen haben würde?

Ich trete also trotz aller Bedenken der herrschenden Meinung bei; und ferner erkenne ich an, dass auch aus der Nov. 117 c. 1 der Wille Justinian's, über die adventicia extraordinaria die Befugniss letztwilliger Verfügung zu gewähren und sie damit nachträglich zu quasi castrensia peculia zu erheben, nicht ohne weiteres könne herausgelesen werden. Zwar wird hier gesagt, dass volljährige Hauskinder die Befugniss haben sollten, über ihre adventicia extraordinaria, oder mindestens über die in der Nov. 117 c. 1 neu eingeführte Art derselben, „*καθ' ὃν βούλονται τρόπον διοικεῖν*"; allein der weitere Verlauf der Stelle zeigt zur Genüge, dass unter *διοικεῖν* bloss die Verwaltung verstanden ist.[4]

Wenn aber auch bei einer ganz scharfen Abwägung der Gründe für und wider die Sonderung der adventicia extraordinaria von dem quasi castrense peculium den ersten ein Uebergewicht

---

4) Dieser Punkt ist sehr weitschweifig ausgeführt von Glück S. 125 ff. Vgl. auch Marezoll S. 439.

verbleibt, so ist dieses Uebergewicht doch nur ein ausserordentlich geringes. Ein so geringes, dass es leicht übersehen werden konnte, und dass jedenfalls Theorie und Praxis das Recht gehabt hätten, sich sogar mit vollem Bewusstsein darüber hinwegzusetzen und so das Rechtssystem von höchst seltsamen und innerlich grundlosen Schwierigkeiten und Verwickelungen zu befreien. Im Hinblicke auf die oben (S. 467) mitgetheilte Aeusserung des Theophilus könnte es scheinen, als ob schon zur Zeit Justinian's angesehene Juristen die völlige Gleichstellung der adventicia irregularia mit dem quasi castrense peculium angenommen und gelehrt hätten. Doch ist dieses wohl nur ein falscher Schein, hervorgerufen durch eine unrichtige Abtheilung in der Reitzischen Ausgabe des Theophilus. Reitz lässt nämlich mit jener Aeusserung des Theophilus einen neuen Absatz beginnen, während sie, wie aus den Institutionen erhellt, und wie schon die Rücksicht auf das weiter folgende beweist, noch zu dem vorhergehenden Absatze gehört. Sie bezicht sich also nicht auf alles, was Theophilus als Unterschiede des paganum und des castrense peculium genannt hat, sondern bloss auf den vierten dieser Unterschiede, wonach das paganum peculium bei dem Tode des Gewalthabers einen Theil seiner Erbschaft ausmacht, das castrense peculium dagegen dem Sohne verbleibt, der es erworben hat. Dieses, fährt er fort, gilt auch von den Adventicien.

Wie dem aber immer sei, so ist doch jedenfalls bei den spätern byzantinischen Juristen der Begriff der adventicia extraordinaria und eine Sonderung derselben von den quasi castrensia peculia nicht anzutreffen. Sie unterscheiden überall nur vier Arten von Gütern der Hauskinder: das peculium castrense, peculium quasi castrense, peculium paganum (d. i. das bei uns sog. pec. profecticium), endlich die *ἀπροςπόριστα*, das heisst, wie die Erklärungen zeigen, die adventicia regularia.[5] Und ferner

---

5) Vgl. das Scholion des Thaleläus zu Basil. VIII, 1 c. 19 im dritten Absatze, der doch wohl auch noch von Thaleläus herrührt. Ferner ein verwandtes Scholion zu Bas. LVII, 2; Harmenopul. lib. V. tit. 2 nr. 4 — 7; endlich die griechische Abhandlung über die Peculien bei Heimbach, Ἀνέκδ. II. p. 247 sqq.

lässt sich sogar die Beobachtung machen, dass von ihnen einzelne Arten der adventicia extraordinaria ausdrücklich zu den quasi castrensia peculia gerechnet und mit diesem Namen bezeichnet werden.[6]

Noch viel weniger hatte aber zu einer Sonderung der adventicia extraordinaria von dem quasi castrense peculium einen triftigen äussern Grund, wer, wie die Glossatoren, die Nov. 117 nur in einer Uebersetzung besass, von welcher die entscheidenden Worte „καθ' ὃν βούλονται τρόπον διοικεῖν" mit „*quo volunt modo disponere*" wiedergegeben werden. Aus diesem Ausdrucke leiteten in der That, nach dem Berichte des Accursius in der glo. Disponere ad Auth. Ut liceat matri et aviae §. I. (Coll. VIII. tit. 18) und in der glo. Testari potest ad L. 1 D. ad SC. Treb. 36, 1, manche unter den Glossatoren auch die Befugniss der letztwilligen Verfügung über die adventicia extraordinaria ab. Accursius selbst erklärt sich jedoch in den genannten Glossen und in der glo. Duntaxat ad L. 8 C. de bon. quae lib. 6, 61 gegen diese Ansicht. Und in dem gleichen Sinne scheint auch schon Azo entschieden zu haben; denn in der Summa Codicis VI, 22 qui fac. test. nr. 1, 2 spricht er den Grundsatz aus, auf welchen auch Accursius seine Lehre stützt, den Grundsatz nämlich, dass ein Haussohn kein Testament errichten könne, weil die Testierfähigkeit publici und nicht privati iuris sei. Eine Ausnahme lässt er nur gelten zu Gunsten der „filiifamilias milites in armata vel literata militia", als welche über ihr castrense oder quasi castrense peculium testieren könnten. Den Grund dieser Ausnahme erblickt er aber offenbar darin, dass hier eine noch höhere Rücksicht des öffentlichen Rechtes in das Spiel komme.

6) Insbesondere geschieht dieses in Ansehung des in der Nov. 118 c. 2 eingeführten Falles der adventicia extraordinaria, also desjenigen Vermögens, welches ein Hauskind als Miterbe seines Gewalthabers von Geschwistern ererbt. Und zwar sowohl in der genannten Abhandlung cap. 6: Heimbach, Ἀνέκδ. II. p. 256, als bei Harmenopul. V, 2 nr. 7. — Auch in den Nachweisungen, welche Zachariä in seiner Geschichte des griech.-röm. Privatrechtes (Leipz. 1864) §. 17—20 giebt, habe ich nirgends etwas von einer Unterscheidung der adventicia extraordinaria von dem quasi castrense peculium bemerken können.

Auf dem nämlichen Standpunkte standen, soviel ich sehe, sämmtliche spätere italienische Juristen des Mittelalters.[7] Und auch in Deutschland ist diese Ansicht stets die weitaus herrschende geblieben.[8] Man wird sie daher für gewohnheitsrechtlich festgestellt, und sonach die Unterscheidung der adventicia extraordinaria von dem quasi castrense peculium für geltendes gemeines Recht anerkennen müssen.

Nach innern Gründen für diese Unterscheidung sieht man sich freilich auf unserm heutigen Standpunkte vergeblich um. Denn die gewöhnlich vorgebrachten, dass ein Haussohn nur in Ansehung des peculium castrense und quasi castrense als paterfamilias erscheine u. dgl., können doch in keinen ernstlichen Betracht kommen. Sie nennen statt einer Erklärung in der That nur die zu erklärende Erscheinung selbst, und es fragt sich ja eben, ob es nicht angemessen wäre, ein Hauskind auch in Betreff seiner irregulären Adventicien ganz wie einen paterfamilias zu behandeln.

---

7) Vgl. Bartolus ad L. Qui in potestate [6] D. qui test. fac. 28, 1 nr. 2, und ad L. 1 §. In filii [6] D. ad. SC. Treb. 36, 1 nr. 2. In der ersten Stelle werden auch Dinus und Cinus als Vertreter dieser Meinung genannt. Und als weitere Vertreter finde ich in einer Randbemerkung des Corp. iur. gloss. Paris. 1576 zu der glo. Permittimus ad L. pen. C. qui test. fac. poss. 6, 22 erwähnt Angelus, Paulus, Alexander und Jason. Dieser letzte aber, welcher ad L. pen. C. cit. die Frage sehr ausführlich erörtert, sagt: die Ansicht, dass die Hauskinder über die adventicia extraordinaria nicht testieren könnten, sei die „communis opinio glossae et doctorum *nemine discrepante*".

8) In Ansehung dieses Punktes darf ich mich hier mit folgenden Anführungen begnügen: Bachov, In Instit. (1628) Lib. II. tit. 12 quib. non est perm. in princ. (1) nr. 7 (p. 436): Itaque vel ex hoc solo licet quaestionem decidere, an filiusfamilias testari possit de peculio adventicio, in quo habet plenam proprietatem, quod recte *communissime* Doctores negant. Brunnemann in L. 8 C. de bon. quae lib. 6, 61 nr. 22: *communiter* hoc negatur. Stryk, Usus mod. XXVIII, 1 §. 5; Lauterbach, Colleg. XXVIII, 1 §. 32; Schilter, Praxis iur. Rom. Exerc. XXXVIII. §. 13; Cocceji, Ius civ. controv. XXVIII, 1 qu. 5; Höpfner, Commentar üb die Institutionen §. 434, 466; Hofacker, Princ. iur. civ. §. 1254 not. k; Glück, Commentar XXXIV. S. 123 ff. und die dort S. 137 fg. genannten. Die Einstimmigkeit der neuesten Schriftsteller in dem nämlichen Sinn ist bekannt. S. auch oben Anm. 1.

In dem Mittelalter lag die Sache ganz anders. Gemäss der Art, wie man sich damals das Verhältniss des quasi castrense peculium zu dem castrense peculium zurecht legte, war es gar nicht möglich, auch die adventicia extraordinaria zu den quasi castrensia peculia zu rechnen, und man musste mit Begierde nach einer jeden Aeusserung der Quellen greifen, welche sich zu Gunsten einer Absonderung verwerthen liess. Ueber den Ausspruch der Nov. 117 setzte man sich mit grosser Willkür hinweg. Noch mehr; dem vorgefassten Standpunkte zu Liebe wollten die meisten sogar die kaiserlichen Geschenke, die doch Justinian in der L. 7 C. de bon. quae lib. 6, 61 so unzweideutig, wie möglich, für quasi castrense peculium erklärt, nur als adventicia extraordinaria gelten lassen. (§. 79.)

Der Beweis dieser Behauptungen kann nicht anders, als durch eine Darlegung jener mittelalterlichen Anschauungen geführt werden, welche ich in dem vierten Buche versuchen will. Es wird sich ergeben, dass diese Anschauungen denjenigen der Justinianischen Zeit nahe verwandt waren, und dass sie mit ihnen sogar in einer unmittelbaren geschichtlichen Verknüpfung standen, deren Nachweis vor allen Dingen unternommen werden muss. Ich werde mich daher von meinem eigentlichen Gegenstande zunächst in etwas entfernen müssen, aber nur, um mich bei der Rückkehr zu ihm überall auf festem und sicherm Boden bewegen zu können.

Viertes Buch.

Geschichte des Institutes seit dem Mittelalter.

§. 68.

Wir haben gesehen, dass in dem spätern römischen Rechte das castrense und quasi castrense peculium eng mit dem damaligen Begriffe von miles oder militans zusammenhieng. Dieser Begriff kam aber damals überein mit demjenigen eines kaiserlichen Dieners oder Beamten. Er umfasste jeden, welcher zu dem Kaiser in einem besondern Dienstverhältnisse stand, sei es als Soldat im Heer, sei es als einer der hohen Staatswürdenträger und leitenden Beamten, sei es endlich als Hofdiener oder Hülfsbeamter in einem der zahlreichen officia. Gemeinsames Abzeichen aller dieser militantes war das cingulum militare, welches demjenigen, der es zu tragen berechtigt war, mancherlei Ehren und Privilegien gewährte.

Es müsste wunderbar erscheinen, wenn diese schon am Anfange des 5. Jahrhunderts vollständig ausgebildeten Vorstellungen und Begriffe sich nicht auch gezeigt und erhalten hätten in den germanischen Reichen, welche im Laufe dieses Jahrhunderts auf dem römischen Boden emporwuchsen. In der That macht aber der Nachweis, dass sie sich wirklich erhalten haben, ganz und gar keine Schwierigkeit.

Für das ostgothische Reich Theodorich's wird man vielleicht einen besondern Nachweis gar nicht einmal verlangen; denn es ist genugsam bekannt, dass dieser König die römischen Einrichtungen, wie er sie von Odoaker unverändert vorfand, auch seinerseits nicht änderte. Ja er erkannte sogar gleich dem Odoaker zum Schein und dem Namen nach noch immer die Oberherrlich-

keit des oströmischen Kaisers an. Für die blosse staatsrechtliche Theorie war also die Veränderung, welche in Folge der ostgothischen Eroberung Italiens vor sich gieng, wesentlich keine andere als die, dass Theodorich in die Stelle Odoaker's, sein gothisches Volksheer in die Stelle der germanischen Söldnerschaaren des besiegten Königs eintrat.[1] Zum Ueberflusse verweise ich aber auf das Edictum Theodorici c. 32, 73, 89 und epil., ferner auf Cassiodori Var. I, 40, III, 23, VI, 22, VII, 1. Man wird in diesen Stellen alle angegebenen Bedeutungen von miles, militia und militare, überhaupt die gesammten angedeuteten Anschauungen und Verhältnisse wiederfinden. Und aus dem Edict. Theod. c. 32 wird man sich ferner auch davon überzeugen, dass die Testierprivilegien der milites armatae militiae, jetzt in der Anwendung auf die Gothen, fortdauerten. Ohne jedes Bedenken dürfen wir daraus auf den Fortbestand noch anderer Privilegien der militantes, insbesondere auf denjenigen des castrense und quasi castrense peculium schliessen. Zu einer genauern Verfolgung dieser Dinge besteht kein Anlass, da die ostgothische Herrschaft in Italien nur eine sehr vorübergehende war, mit der Wiedereroberung des Landes unter Justinian aber die Justinianische Gesetzgebung auch hier zur Einführung und Geltung gelangte.

Was das westgothische Reich angeht, so erhellt die Fortdauer jener Vorstellungen und Begriffe sehr einfach aus dem Breviarium; und zwar ganz besonders klar und unzweideutig aus der schon öfters erwähnten Interpretatio zu der L. 3 (6) Th. C. de postul. 2, 10, in welcher der Ausdruck des Gesetzes: „militantes ex iure procincti“ erklärt wird durch „in armis constituti vel illi, qui iudiciariam meruerint potestatem“. (S. 419 fg.) Auch die Interpretatio zu der L. 2 (2) Th. C. de iurisd. 2, 1 lässt sich anführen. Sie lautet so:

1) Man vergleiche über diese Verhältnisse Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter Bd. I. §. 103, 104; Hegel, Geschichte der Städteverfassung von Italien Bd. I. S. 99 ff.; Dahn, Die Könige der Germanen II. S. 35 ff., 124 ff., besonders S. 159 ff., III. S. 15 ff.; Bethmann-Hollweg, Der germanisch-romanische Civilprocess im Mittelalter Bd. I. §. 51—57.

Etsi civilia negotia ad provinciarum rectores iussimus pertinere, tamen, quoties criminalis actio intercesserit inter illos, qui in armis nostris militant, atque privatos, si militans privatum in iudicium vocaverit, rector provinciae audiendi et iudicandi habeat potestatem. Si vero privatus ***servientem nobis in armis vel militantem*** forte pulsaverit, ille causam audiat, ad cuius ordinationem is respicit, ***qui militat, vel cui arma tenuerit.***

Da zweimal durch vel getrennt der militans neben dem serviens in armis genannt wird, so scheint der Verfasser von der (durch die vorige Stelle bestätigten) Voraussetzung auszugehen, dass es neben den militantes in armis auch noch andere militantes gebe. Beiläufig ist es der Bemerkung werth, dass hier serviens als völlig gleichbedeutend mit militans vorkommt, eine Erscheinung, der wir in der Folge vielfach wiederbegegnen werden.[2]

Eben so leicht, als die Fortdauer des damaligen römischen Begriffes der militantes, ist aus dem Breviarium die Fortdauer des castrense und quasi castrense peculium zu erweisen, und zwar ganz in der Art, wie es zur Zeit der Abfassung dieses Gesetzbuches in dem weströmischen Reiche bestand, also namentlich in dem unmittelbaren Zusammenhange mit jenem Begriffe der militantes. Ich beziehe mich auf L. 1 (2) Th. C. de assessor. 1, 11, L. 3 (6) Th. C. de postul. 2, 10, Gaii epit. II, 1 §. 7, Paul. Sent. III, 4 sent. 3, V, 10 sent. 4 und die Interpretationen zu diesen Stellen.[3] Auch auf die explanatio tituli

---

2) Man vergleiche auch noch Nov. Valentin. III. tit. X. (XXXI.) und die Interpretatio dazu. — Die Stellencitate beziehen sich hier und in der Folge auf die Ausgabe der Lex Romana Visigothorum von Hänel; die eingeklammerten Zahlen verweisen auf seine Ausgabe des Codex Theodosianus im Bonner Corpus iuris anteiustiniani.

3) Die Annahme Bethmann-Hollweg's, Der germanisch-roman. Civilprocess I. §. 42, 44 (S. 183, 191 ff.), dass nur die Gothen, nicht aber die Römer zur Heeresfolge verpflichtet gewesen, und dass daher jene in den Gesetzen militantes, servientes nobis in armis, armati, die Römer dagegen privati genannt würden, scheint mir diesen Stellen gegenüber bedenklich.

Th. C. I, 11 de assessoribus kann ich mich berufen. Hier wird nämlich der Inhalt der von dem quasi castrense peculium der assessores handelnden L. 1 h. t. in Kürze dahin angegeben: „id est, ut quaecunque *militans* acquisierit, sibi extra partem vindicet". (Ed. Haenel. p. 5.) Nach Hänel (praef. p. XXIII. sq.) sind aber diese explanationes titulorum sehr alt und rühren vielleicht schon von den Verfassern des Breviariums selber her.

Sehr viel dürftiger fliessen unsere Quellen für das Reich der Burgunden. Dennoch findet sich gerade so viel, als hinreicht, um festzustellen, dass auch hier der Begriff der milites oder militantes in gleicher Weise, wie im römischen Reiche, fortbestand. Der König Sigismund schreibt dem oströmischen Kaiser Anastasius, von welchem er den Titel eines Patricius erhalten, unter anderm folgendes:

> Traxit istud a proavis generis mei apud vos decessoresque vestros semper animo Romana devotio, ut illa nobis magis claritas putaretur, quam vestra *per militiae titulos* porrigeret Celsitudo; cunctisque auctoribus meis semper magis ambitum est quod a Principibus sumerent, quam quod a patribus attulissent. Cumque gentem nostram videamur regere, non aliud nos quam *milites vestros* credimus ordinari.[4]

Da haben wir also den miles in der Anwendung auf einen hohen Reichswürdenträger. Im Sinne gewöhnlicher Beamten, muthmaasslich blosser Subalternbeamten, steht der Ausdruck militantes in L. Burg. praef. 2 §. 4, wo es heisst:

---

4) Avit. Viennens. epist. 83. Ich entlehne die Stelle aus Du Cange, Glossarium s. v. Miles. Sie stimmt in ihrer letzten Wendung auffallend überein mit einer Bemerkung des Avitus am Schlusse der an den fränkischen König Chlodovech gerichteten epist. 41. Dort sagt er nämlich von seinem Herrn, dem Könige Gundobad, redend: „Quod apud domnum meum, suae quidem gentis regem, sed *militem vestrum*, obtinuisse me suggero". Beide Stellen zeigen klar genug, wie wenig man damals bei dem Worte miles gerade an einen Soldaten dachte. Der Gedanke, den man damit verband, war vielmehr in erster Reihe immer nur derjenige des Dieners oder Beamten. Ganz richtig wird dieses auch hervorgehoben von Binding, Das burgundisch-romanische Königreich I. (1868) S. 143 Anm. 495. Der Anm. 493 daselbst ist mein zweites Citat entnommen.



> Sciant itaque optimates, comites, consiliarii, domestici et maiores domus nostrae, cancellarii etiam, Burgundiones quoque et Romani civitatum aut pagorum comites, vel iudices deputati, omnes etiam *militantes:* nihil se de causis rel.[5]

Und dass endlich der Begriff des miles auch den miles armatae militiae noch mit umfasste, lehrt die Lex Rom. Burg. tit. 45 de testamentis. Dort wird nämlich die Fortdauer der militärischen Testierprivilegien mit folgenden Worten verordnet:

> *Militibus* vero aliter si velint testamentum facere permissum est, quibus licet et sine competenti testium numero testari et filios praeterire, nec per inofficiosi querelam eorum constat testamentum posse disrumpi.

Das castrense und quasi castrense peculium wurde dagegen auffallender Weise nicht festgehalten. Dieses ergiebt sich theils aus seiner Nichterwähnung in der Lex Rom. Burg., theils aus den Titeln 14 de ablatis pigneribus und 22 de donationibus dieses Rechtsbuches, mit deren bestimmten Aussprüchen die Annahme einer Fortgeltung unseres Rechtsinstitutes unvereinbar ist.

§. 69.

Wir kommen zu dem fränkischen Reiche, dessen Verhältnisse, weil sie den Uebergang zu spätern Zeiten hauptsächlich vermitteln, eine ganz vorzügliche Beachtung erheischen.

Dürfen wir aber zum voraus erwarten, Begriffen und Vorstellungen, die damals so allgemein verbreitet waren, auch auf seinem Boden zu begegnen, so erweist sich diese Erwartung als vollkommen gerechtfertigt durch eine grosse Anzahl von Stellen, welche ich, soweit sie nicht selbständig aus den Quellen geschöpft sind, zum grössten Theil den Werken von Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte Bd. II. (2. Aufl. 1870), III. (1860)

---

5) Bethmann-Hollweg, Der germ.-roman. Civilprocess I. S. 152 Anm. 33 bezieht die Worte „omnes etiam militantes" nur auf die Subalternbeamten. Wie mir scheint, mit Recht. Doch kann ich die Frage dahingestellt sein lassen; denn für mich kommt es bloss darauf an, dass militantes hier Beamte und nicht Soldaten bezeichnet, und dieses wird niemand bestreiten können. Vgl. auch Binding a. a. O. Anm. 495.

IV. (1861), und von Roth, Geschichte des Beneficialwesens (1850) verdanke.

Um von dem Worte militia auszugehen, so ist dieses Wort in der merovingischen Zeit in der allgemeinen Bedeutung von Amt oder Dienst gar nicht selten anzutreffen. Und zwar in den mannigfaltigsten Anwendungen, worunter ich diejenige auf den Patriciat, hier auf den fränkischen,[1] wieder besonders hervorheben will. Gregor von Tours († 594) erzählt nämlich in dem 4. Buche seiner Historia Francorum Cap. 42 (al. 36) von Mummolus:

> a rege Guntchramno patriciatum promeruit, de cuius *militiae* origine altius quaedam repetenda putavi.

In dem allgemeinen Sinne von königlichem Dienste oder Amte, abwechselnd und gleichbedeutend mit ministerium oder servitium, steht militia in vielen bei Waitz II. S. 440 Anm. 2 und S. 446 Anm. 5 angeführten Stellen. Zwischen Hof- und Staatsämtern wird dabei nach Ausweis dieser Stellen eben so wenig unterschieden, als im römischen Reiche. Beides liess sich in der That gar nicht unterscheiden. Auch lag jener Zeit nichts ferner, als die uns so geläufige Sonderung desjenigen, was die Person des Königes, und desjenigen, was den Staat betrifft.[2]

---

1) S. darüber Waitz II. S. 383 fg.

2) Vgl. Waitz II. S. 441, 444. Militia findet sich sogar sehr häufig in der besondern Beziehung auf den Dienst am Hofe. S. z. B. die bei Waitz II. S. 440 Anm. 2 angegebenen Stellen („palatina militia" — „in palatio militiam" u. dgl.). Vgl. auch Vita Walae II, 5 (Waitz III. S. 439 Anm. 1): „militia clericorum in palatio, quos capellanos vulgo vocant". Noch bis in das 10. Jahrhundert habe ich diese Bedeutung verfolgen können. Ich verweise z. B. auf die bei Walter, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Ausg. I. S. 185 abgedruckte Stelle aus Hrotsuithae primord. Gandersheim. v. 13 sqq., wo es heisst:

> Hinc nam Francorum magni regis Hludowici,
> *Militiae* primis adscriptus pene sub annis
> Ex ipso digne summo sublatus honore rel.

Ich hebe diesen Umstand, für den sich bei der Betrachtung der Begriffe von militare und von miles noch vielfache weitere Belege ergeben werden, um deswillen hervor, weil er vorzugsweise geeignet ist, die übliche Anknüpfung der mittelalterlichen Bedeutung dieser Begriffe an den Kriegsdienst als eine irrige zu erweisen.

Diese allgemeine Bedeutung von militia lässt sich mit Sicherheit bis in das 9. und 10. Jahrhundert herunter nachweisen, wenn sie auch seit dem 9. Jahrhundert aus später (§. 71) zu erwähnenden Gründen seltener wird.[3] Sie zeigt sich besonders unzweideutig in dem vom 6. bis zum 9. Jahrhundert häufig vorkommenden Ausdrucke saecularis militia, worunter im Gegensatze zu dem geistlichen Amte im Dienste Gottes jedes weltliche Amt im Dienste des Königs, späterhin auch anderer weltlicher Herren, verstanden wird. Mit voller Klarheit erhellt dieses namentlich aus Greg. VII, 1, wo von einem Bischofe gesagt wird:

diu in habitu saeculari commoratus, cum iudicibus saeculi mundiales causas est exsecutus; — — relicta *saeculari militia* monasterium expetivit rel.

Ferner aus Greg. VIII, 39, wo es von einem andern Bischofe heisst:

Quotidie autem cum iudicibus causas discutere, *militias saeculares* exercere — — non cessabat.

Eine Anzahl weiterer Belege will ich in der Anmerkung angeben[4] und hier nur noch eine Stelle aus der Mitte des

---

3) In Ansehung des 9. Jahrh. s.: Capit. Kar. II. a. 844 c. 4 (Pertz Leg. I. p. 384). Ferner die um 845 verfertigte Capitulariensammlung des Benedictus Levita lib. II. c. 71 (Pertz Leg. II. p. II. p. 77): „*militiae* cingulum derelinquat". Endlich Hincmari Rem. († 882) Epist. de ordine palatii cap. 26 (Walter, Corp. iur. germ. III. pag. 768). In dieser Stelle steht militia in einfacher Abwechselung und völlig gleicher Bedeutung mit dem vorher gebrauchten Ausdrucke servitium, wie sich zum Ueberflusse ergiebt aus den Worten: „in *militia* remanentibus certissimam fideliter *serviendi* fidem et constantiam ministrarent". Vgl. auch Waitz III. S. 346 Anm. 3, IV. S. 138 Anm. 2, S. 160 Anm. 1. Wegen des 10. Jahrh. beziehe ich mich auf die in der vorigen Anm. mitgetheilte Stelle der Hrotsuitha. Als ein Beleg für die allgemeine Bedeutung von militia als Amt ist es wohl auch zu betrachten, dass nach Waitz II. S. 365 Anm. 4 am E. in alemannischen und bairischen Glossen der Graf unter andern princeps militiae genannt wird. — In einer leicht erklärlichen übertragenen Bedeutung bezeichnet militia auch den Erwerb aus einem Amte. So bei Greg. VIII, 39; vgl. X, 19 in f.

4) Greg. Hist. VII dorm. cap. 4; vgl. Greg. Pass. S. Iul.: „militia temporalis"; c. 5 D. 51 (conc. Tolet. c. 19 a. 633); Hlothar. I. conv. Compend. a. 833 (exauctoratio Hludowici) in f. (Pertz Leg. t. I. p. 368);

9. Jahrhunderts erwähnen zum Beweise, dass damals der Begriff noch unverändert fortbestand. Nämlich folgendes Stück aus dem Capitul. Hludow. II. a. 850 c. 12 (Pertz Leg. I. p. 403 cf. p. 398):

> Hoc autem omnibus christianis intimandum est, quia hi, qui sacri altaris communione privati et pro suis sceleribus reverendis aditibus exclusi publice penitentiae subiugati sunt, nullo *militiae secularis* uti cingulo *nullamque rei publicae debeant administrare dignitatem*, quia nec popularibus conventibus eos misceri oportet, nec vacare salutationibus, nec quorumlibet *causas iudicare*, cum sint ipsi divino addicti iudicio.

Der dargelegten Bedeutung von militia entspricht genau die Bedeutung des Zeitwortes militare. Es heisst in der merovingischen Zeit, gleichwie im spätern römischen Reiche, dem Könige am Hof oder im Staate vermöge eines besondern Dienst- und Pflichtverhältnisses dienen, und es kommt in diesem Sinne häufig, abwechselnd und gleichbedeutend mit servire oder famulari, vor. Als Belege setze ich folgende beide aus Waitz II. S. 260 Anm. 3, S. 436 Anm. 1 entnommene Stellen hierher.

> Vita Hermelandi c. 1: ab scholis eum recipientes, regiam introduxerunt in aulam atque regi Francorum cum magno cum honore *militaturum* commendaverunt.
>
> Vita Austregiseli c. 1: Cum — — a minore ad robustiorem transisset aetatem, *in obsequio* gloriosi regis Guntramni deputatur a patre, ubi non modicum temporis spatium sub saeculari disciplina prudenter *militavit.* Erat regi gratissimus et universis *commilitonibus* amantissimus.

Ferner beziehe ich mich auf Greg. IV, 47 (al. 41), wo von dem Andarchius (einem ursprünglich Unfreien) gesagt wird:

> (Lupus) insinuavit eum diligenter Sigiberto regi atque ad serviendum tradidit; quem ille per loca diversa dirigens locum praebuit *militandi*. Ex hoc quasi honoratus habitus rel.[5]

Bened. Capit. lib. II. cap. 338, III. cap. 261 (Pertz Leg. t. II. p. II. p. 89, 119); c. 19 C. XXIII. qu. 8 (Nicol. I. a. 865); c. 1 eod. (Ioann. VIII. c. a. 875).

5) Ob hier militare in gleicher Bedeutung mit dem vorhergehenden servire gemeint sei, mag dahingestellt bleiben. Man vergleiche aber die

Noch in der Karolingerzeit ist das Wort in dieser Bedeutung nicht selten, wie z. B. die folgenden beiden aus Waitz III. S. 453 Anm. 2 geschöpften Stellen ergeben:

Vita Wilhelmi c. 4: Commendatus est ei (Karl) a parentibus, ut regi semper adstaret et in palatio, ut par erat, *militaret*.

Gesta Aldrici c. 1: Iam enim duodecim annos habens a — — patre suo ad palatium deductus est et glo. Karolo Francorum regi atque d. Hludowico eius filio honorifice commendatus et ab eo decenter susceptus — — tam regi quam omnibus eius optimatibus — — placere meruit. Per diem igitur regi et fidelibus suis *militans* rel.[6]

Die letzte Stelle zeigt aber schon, dass in dieser spätern Zeit militare nicht mehr bloss von dem Dienste des Königs, sondern auch von ähnlichem Dienste bei andern Fürsten und Grossen gebraucht wird. Und für diese spätere Erweiterung der Bedeutung lassen sich auch noch andere Belege anführen; z. B. die folgenden:

Capitul. Pipp. a. 755 c. 12 (Pertz Leg. I. p. 26): Clericos in aecclesia militantes — — non licere in alterius civitatis ecclesia vel in potestate *laicorum militari*, sed ibidem permanere in qua principium ministrare meruit. — — Qui vero episcoporum aut *laicorum* post hoc alteri ecclesiae clericum susciperit rel.

Bened. Capit. lib. II. cap. 98 (Pertz Leg. II. p. II. p. 78): — — in monasterio diebus vitae suae sub ardua poenitentia Deo serviat, nusquam postmodum seculo vel *secularibus militaturus*.[7]

---

in der Anm. 3 angeführte Stelle des Hincmar und die bei Waitz II. S. 436 Anm. 1, S. 440 Anm. 2 genannten Stellen. Viele andere Belege werden im Verlaufe der Darstellung von selbst sich ergeben.

6) Vgl. auch Ann. Einh. 796 p. 183 (Waitz III. S. 414 Anm. 1): „aulicos caeterosque in palatio suo *militantes*“, und die bei Waitz IV. S. 229 Anm. 3 mitgetheilte Stelle aus Mabillon, Acta I. p. 754 c. 16 (Zeit Karl's des Kahlen).

7) Vgl. auch noch die bei Roth S. 379 Anm. 52 angeführte Stelle aus dem Testamente Aldrich's (Gesta Aldrici cap. 36). Hier wird verord-

Diesem allem nach bedarf es eigentlich gar keines besondern Beweises mehr, dass miles, militans oder vir militaris in der ältern Zeit jeden königlichen Diener oder Beamten bezeichnet. Doch kann ich auch hiefür noch besondere Belege beibringen.

Ich berufe mich zuvörderst auf die von Roth S. 295 in der Anm. 63 angeführte Stelle aus der Vita Desiderii Viennensis 23: „alloquitur nobiles et ignobiles, plebeios et *militares*". Schon Roth versteht dieses in Rücksicht auf den Zusammenhang der ganzen Stelle von einem Gegensatze der Beamten und Untergebenen (wohl richtiger: Nichtbeamten).

Ferner findet sich miles im Sinne des Hofdieners in der Vita Hermelandi c. 1 (Waitz II. S. 440 Anm. 2): „perfectus miles" (vgl. oben S. 483), und in Hincmari Rem. Epist. de ordine palatii cap. 27 (Walter, Corp. iur. germ. III. p. 769):

> Et ut illa multitudo, quae in palatio semper esse debet, indeficienter persistere posset, his tribus ordinibus fovebatur. Uno videlicet, ut absque ministeriis expediti *milites* — — ad regale obsequium inflammatum animum ardentius semper habebant rel.

Desgleichen in cap. 22 ibid. (Walter p. 767):

> De honestate vero Palatii, seu specialiter ornamento regali, nec non et de donis annuis *militum* — — ad Reginam praecipue et sub ipsa ad Camerarium pertinebat.[8]

Endlich werden, wie im römischen Reiche, auch die Hülfs- und Vollstreckungsbeamten, die apparitores oder satellites, wie sie in andern Stellen heissen, noch als milites bezeichnet. Namentlich gilt dieses von denjenigen der Grafen, überhaupt von den Gerichtsdienern. Ich verweise auf Greg. Mirac. S. Mart. I, 21, V. Patrum c. 4 nr. III. und die andern bei Waitz II. S. 148 Anm. 4,

---

net, dass ein Theil des Getreides „detur vasallis sive capellanis et servientibus, qui domino *nobisque* in nostra mansiuncula *militare* videntur".

8) Viele andere Stellen aus der karolingischen Zeit siehe bei Waitz III. S. 414 Anm. 1 („aulae regiae milites": V. Bened. c. 41), S. 453 Anm. 1, S. 456 Anm. 3, 4, 5. Wegen des 10. Jahrh. vergleiche man Köpke, Widukind von Korvei S. 98 fg., 101: „Wer ein Amt, Lehen, Dienst vom Könige hat, ist dessen miles".

S. 348 Anm. 3, 4, S. 533 Anm. 1, 2, S. 534 Anm. 1 angegebenen Stellen.[9] Nur dürfen wir natürlich die damalige gesellschaftliche Stellung und Schätzung dieser Personen nicht nach dem Maassstabe unserer heutigen Gerichtsdiener abmessen, so wenig, als diejenige der Officialen des spätern römischen Reiches. Schon jene ihnen mit den Grafen und Hofbeamten gemeinsame Bezeichnung als milites liefert hiefür einen sattsamen Beweis. Der richtige Maassstab wird vielmehr eher derjenige des altdeutschen Fronboten sein. Demnach ist es denn schwerlich eine zu gewagte Vermuthung, wenn man bei den fünf milites, welche hinter einem Priester und einem iudex und untermischt mit fünf curiales im Jahr 766 zu Chur als „boni homines" und Zeugen eine Schenkungsurkunde des Bischofes Tello unterschreiben, nicht, wie Hegel will, an Vasallen und Getreue des Bischofes, sondern eben nur an solche Gerichtsunterbeamte denkt.[10] Und auch die vassi comitis, welche nach

9) Diese Bedeutung von miles oder wenigstens die Erinnerung daran scheint sich noch lange erhalten zu haben. Denn in dem etwa am Anfange des 15. Jahrhunderts verfassten, von Karl Bartsch in den Mitteldeutschen Gedichten (Biblioth. des lit. Vereins in Stuttgart LIII. 1860) herausgegebenen Ritterspiegel findet sich Vers 909 ff. (S. 123) folgende Stelle:

Von den rittern muez ich sprechin vort,
Di vindit man wol drierlei,
Also ich han gelesin und gehort.
Di erstin di guldin nicht ein ei.
Si haben wedir di ere noch gud.
Also warin ritter, di des begingin,
Daz sie vorgozzin Cristus blud
Und en an daz cruze hingin.
Si warin Pilatus des richters knechte
Glich also nu di bötile (Büttel) sind u. s. w.

Man vergleiche auch noch Vers 2125 fg.:

Her werdit der ritter einer
Di do speletin umme Cristus gewant.

10) Die Urkunde wird erwähnt bei Hänel, Lex Rom. Visigoth. p. XXXVIII. und bei Hegel, Geschichte der Städteverfassung von Italien II. S. 120 fg. Die Unterschriften lauten beispielsweise so: † S. Constanti de Senegaune *curialis* testis. † S. Lobucionis de Maile *militis* testis. † S. Pauli de Tremine *militis* testis. † S. Claudii de Curia *curialis* testis u. s. w. Es ist mir bis auf weitern Nachweis völlig unglaublich, dass, wie Hegel S. 121 annimmt, bereits in der Mitte des 8. Jahrhunderts die Vasallen

Karl's d. G. Verordnung in dem Capit. a. 809 c. 5 (Pertz Leg. t. I. p. 156) ausser den Scabinen, Parteien und Zeugen in den gebotenen Dingen erscheinen müssen, wird man wohl auf sie deuten dürfen, zumal wenn man erwägt, dass im 9. Jahrhundert vassus völlig gleichbedeutend mit miles ist (§. 70). Auf jeden Fall aber wird sich ihre Einerleiheit mit den ministri comitis, welche z. B. in der Capitulariensammlung des Ansegisus lib. II. cap. 18 in f. (Pertz Leg. t. I. p. 294) und in dem Capitul. Karoli II. a. 864 c. 10 (Pertz ibid. p. 490) erwähnt werden, nicht füglich bezweifeln lassen.

Wenn wir in den bisher angegebenen Belegstellen die Begriffe von militia, militare und miles in gleichen Bedeutungen, wie in dem römischen Reiche des 5. und 6. Jahrhunderts, wiedergefunden haben: so kann zum Schlusse der Beweis geführt werden, dass auch das Abzeichen der militia noch immer in dem cingulum militare bestand, und dass ferner die militia noch immer besondere Ehren und Vorzüge gewährte.

Für das erste berufe ich mich auf Bened. Capit. lib. II. cap. 71 (Pertz Leg. t. II. p. II. p. 77):

> — — qui materterae filiam stupravit, ut coniugium ultra non repetat, et *militiae cingulum* derelinquat, et — — tempora poenitentiae secundum canones pleniter exsolvat.

Ferner auf c. 100 ibid. (Pertz p. 78):

> Si vero *comes* ipsius pagi — — hoc vindicare neglexerit, *honore careat et cingulum amittat* atque publica poenitentia multetur.

und auf lib. I. c. 381 (Pertz p. 68):

> Si autem monachus laicus factus fuerit, *honore et cingulo spolietur*.

---

eines Fürsten sich in dieser Weise als milites sollten unterzeichnet haben. Und gesetzt dass damals in Chur das Lehnswesen wirklich schon so ausgebildet gewesen wäre, so könnte ich noch viel weniger glauben, dass sie in gleicher Reihe und untermischt mit Curialen unterzeichnet hätten, da diese, wie Hegel selbst Bd. I. S. 300 ff. beweist, damals nur ziemlich untergeordnete Hülfs- und Subalternbeamte waren. Schliesst man sich der im Texte ausgesprochenen Vermuthung an, so verschwindet nach jeder Richtung hin alle Schwierigkeit.

Nicht minder kann ich mich beziehen auf die oben (S. 483) bereits mitgetheilte Stelle aus dem Capit. a. 850 c. 12 und auf das Cap. Hludow. Germ. a. 851 c. 11 (Pertz Leg. t. I. p. 414):

Albgis, qui — — crimine adulterii ecclesiam Christi diffamavit, communi consilio decernimus, ut iussu regis in exilium missus, iuxta sacrarum canonum statuta penitentiam pleniter agat — — et deposito *militari cingulo* omni tempore vitae absque coniugio permaneat.[11]

Endlich sind auch die *procincti*, welche in dem Capitul. Hludow. I. a. 817 c. 10 (Pertz Leg. t. I. p. 215) und in dem Cap. Hludow. II. a. 875 c. 7 (Pertz ibid. p. 524) genannt werden, und gegenüber deren Zeugnisse der Reinigungseid an erschwerende Bedingungen geknüpft wird, unzweifelhaft als Amtspersonen zu verstehen.[12]

Alle diese Stellen beweisen aber zugleich auch schon das zweite, was ich zu beweisen unternommen, dass nämlich das cingulum militare auch das Abzeichen einer besondern Ehre und eines höhern Ranges war, seinem berechtigten Träger also eine grössere, als die gewöhnliche Achtung verschaffte. Als weitere Belege für diese Seite der militia als einer Quelle besonderer Ehre nenne ich z. B. die S. 483 mitgetheilte Stelle aus Greg. IV, 47: „locum praebuit *militandi. Ex hoc quasi honoratus habitus*“ rel. Sodann das bei Waitz II. S. 440 Anm. 2 ausgehobene Stück aus der Vita Hermelandi c. 1: „quatenus per tramitem

11) Diesen Stellen kann ich auch noch die folgende verwandte aus der Zeit Ludwig's des Frommen beifügen, welche ich bei Dümmler, Geschichte des ostfränkischen Reiches I. S. 85 Anm. 68 finde, nämlich Ionae Aurelianensis de institut. laicali I. c. 10: „quis namque criminis reus, qui utique poenitentia publica debuit mulctari, *cingulum militiae* deponit“ rel. Man vergleiche ferner Vita Filiberti c. 1 (Waitz II. S. 437 Anm. 2): „consortium adeptus est Audoeni optimatis, qui sub *aureo balteo* Deum valde diligens“ rel. Endlich Waitz IV. S. 457 Anm. 4, S. 502 Anm. 1, S. 573 Anm. 2.

12) Vgl. const. a. 816 c. 1 (Pertz ibid. p. 196) und Bethmann-Hollweg, Der german.-roman. Civilprocess I. S. 62 Anm. 5. — Die Vermuthung von Waitz IV. S. 457 Anm. 4, dass unter dem cingulum militare bloss allgemein an das Waffenrecht zu denken, kann ich im Hinblicke auf die angeführten Stellen und auf das im Texte sogleich folgende nicht für richtig halten.

huius *militiae* ad debitum progenitorum perveniret *honorem*". (Vgl. S. 483.)

Es verdient die Erwähnung, dass der König selbst das cingulum militare trug und dass man dieses für ein Zeichen seiner Würde ansah. Wir lernen beides aus der merkwürdigen Urkunde über die Absetzung Ludwig's des Frommen im Jahre 833 (Pertz Leg. t. I. p. 366 sqq.). Es heisst darin gegen Ende:

> ac deinde *cingulum militiae* deposuit et super altare collocavit et habitu saeculi se exuens habitum poenitentis per impositionem manuum episcoporum suscepit: ut post tantam talemque poenitentiam nemo ultra ad *militiam saecularem* redeat. [13]

---

13) Eine genaue Darstellung des ganzen Herganges giebt Dümmler a. a. O. (s. Anm. 11) S. 85 ff. Es erhellt daraus (S. 87 Anm. 74), sowie aus der cartula Agobardi (Pertz Leg. t. I. p. 369), dass es sich nicht bloss um Ablegung des Gurtes, sondern zugleich um denjenigen des Schwertes handelte. Und wir dürfen ohne weitern Beweis annehmen, dass auch die sämmtlichen königlichen Diener und weltlichen Beamten des fränkischen Reiches nicht ein leeres Wehrgehenke, sondern dass sie immer auch ein Schwert trugen. Denn das Waffenrecht war ja das älteste Ehrenrecht des freien Germanen und kam damals, da noch die allgemeine Wehrpflicht bestand, allen Freien zu. Es konnte daher den königlichen Dienern und Beamten gewiss am allerwenigsten fehlen. Hiezu kam aber sogar noch das Vorbild römischer Einrichtungen. Denn wenn auch nach Lydus de magistrat. lib. II. §. 9, 13 in der Mitte des 6. Jahrhunderts die byzantinischen Civilbeamten das Schwert bereits abgelegt hatten und nur noch das blosse cingulum trugen, so war doch zu der Zeit, als die germanischen Staaten auf dem Boden des weströmischen Reiches entstanden, und noch am Anfange des 5. Jahrhunderts das Schwert ein wesentliches Stück der Amtstracht sämmtlicher römischer Beamten. Man vergleiche die oben S. 421 mitgetheilte Stelle des Chrysostomus, Cassiod. Var. VII, 1 und Lydus II. §. 9, wo zum Belege, dass der praefectus praetorio früher ein Schwert getragen, der Alterthumsfreund auf das zu Chalcedon befindliche Standbild des praefectus praetorio Philippus verwiesen wird. Dabei kann schwerlich an einen andern Pf. P. Philippus gedacht werden, als an denjenigen, an welchen wir Erlasse aus den Jahren 326, 340, 346 und 349 finden (L. 2 Th. C. de div. off. 8, 7, L. 20 Th. C. de appell. 11, 30, L. 1 Th. C. ne collat. transl. 11, 22 iung. L. 4 I. C. de dignit. 12, 1, L. 1 Th. C. de dot. 3, 13, L. 1, 2 Th. C. de revoc. don. 8, 13), oder aber an denjenigen, an welchen Erlasse aus den Jahren 412 und 421 vorhanden sind (L. 21 Th. C. de Iudaeis 16, 8, L. 45 Th. C. de episc. 16, 2 = L. 6 I. C. de sacr. eccl. 1, 2, L. 1 I. C. de priv. urb. Const. 11, 20).

Wir dürfen daraus schliessen, dass das cingulum militare damals überhaupt als das äussere Abzeichen einer höhern weltlichen Stellung, eines obrigkeitlichen und amtlichen Charakters galt. Dieses kann aber auch gar nicht verwundern, wenn man beachtet, dass schon in dem römischen Reiche des 5. und 6. Jahrhunderts cingulum sehr häufig geradezu in dem Sinne von magistratus oder dignitas gebraucht wurde.[14] Und nichts lässt sich leichter beweisen, als dass diese Verwendung des Ausdruckes sich auch später nicht verlor, im Gegentheil immer geläufiger wurde. Erklärt doch Suidas *ζώνη* geradezu als *ἀξίωμα*, d. i. dignitas. Noch ungleich beweiskräftiger und bemerkenswerther aber ist, dass die alte lateinische Uebersetzung der Novellen in dem Authenticum das griechische Wort *ἀρχή*, soviel ich sehe, fast durchweg mit cingulum wiedergiebt, obwohl dadurch für unser Sprachgefühl zum Theil die wunderlichsten Wendungen entstehen, ein Umstand, der es sogar nicht einmal mehr erlaubt, im Sinne der Uebersetzer etwa nur an eine bildliche Meinung und Benutzung des Ausdruckes zu denken.[15] So eng und unzer-

14) Brissonius s. v. Cingulum giebt dafür viele Belege, deren Zahl ich leicht noch erheblich vermehren könnte. Ich begnüge mich mit der Berufung auf die L. 5 C. qui milit. poss. 12, 34 von Justinus (a. 524) und mit der Beifügung noch einiger Stellen aus Justinian's Novellen, in denen dieser Sprachgebrauch besonders häufig vorkommt, die aber von Brissonius auffallenderweise gar nicht berücksichtigt sind. Man vergleiche z. B. Nov. 8 c. 5 in f., Nov. 134 c. 1 in f. („*τῆς ζώνης ἔξω γενήσεται*"), c. 5 in f., c. 9 med. u. s. w.

15) So werden z. B. in der Nov. 29 c. 2 die Anfangsworte: „*Ὁ δὲ τὴν ἀρχὴν ἔχων τῆς ἐπαρχίας πάσης*" übersetzt mit: „Qui autem cingulum habet provinciae totius"; in der Nov. 8 c. 7 die Anfangsworte: „*Οὕτω τοίνυν ἡμῖν τῶν ἀρχῶν διακεκριμένων*" mit: „Sic igitur a nobis cingulis discretis"; in der nämlichen Novelle c. 14 am Anfange die Worte: „*Εἰ δέ τισιν ἐν ταῖς ἐπαρχίαις οὖσι πέμποιτο τὰ τῆς ἀρχῆς σύμβολα — — τῶν τῆς ἀρχῆς ἀντιλήψονται πράξεων*" mit: „Si vero aliquibus in provinciis exsistentibus mittantur cinguli codicilli — — cinguli suscipient actiones"; in der Nov. 80 c. 10 in f. die Worte: „*τὸ γνησίως αὐτὸν κυβερνῶντα τὴν ἀρχήν*" mit: „germane eum gubernantem cingulum"; in dem epilogus derselben Novelle die Worte: „*καὶ νέαν ἀρχὴν προσεθήκαμεν*" mit: „et novum cingulum adiecimus". Vgl. ferner Nov. 7 praef. in princ., Nov. 8 c. 7 in f., c. 8 §. 1 s. fin., Nov. 29 c. 2 med., c. 4 in f., c. 5 princ. in f., §. 1, Nov. 30 cap. 1 §. 1, Nov. 80 praef.,

trennlich war also in der damaligen Anschauung der Begriff einer obrigkeitlichen Stellung mit dem Gedanken an das cingulum verwoben.

Nun konnte aber namentlich den germanischen Völkern jener Zeit gar nichts natürlicher erscheinen, als dass die höhere Rangstellung, wie sie dem König und seinen Gehülfen in der Besorgung der Staatsangelegenheiten zukam, sich äusserlich durch eine besondere Art des Waffenschmuckes kundgebe. Was Wunder also, wenn sie das cingulum militare, welches sie im römischen Reiche als gemeinsame Auszeichnung aller kaiserlicher Beamten, zugleich aber als Zeichen eines höhern Ranges und zahlreicher Vorrechte vorfanden, in solchem Lichte betrachteten und in solchem Sinn auf ihre Verhältnisse herübernahmen! So sehen wir überall mit der Festsetzung der Germanen auf römischem Boden auch die Verschmelzung germanischer und römischer Vorstellungen beginnen. Mit den römischen Vorstellungen und Einrichtungen wurden aber nothwendig und unvermeidlich auch mancherlei römische Rechtsanschauungen aufgenommen, und man kann insofern mit allem Fuge sagen, dass der Anfang der Reception des römischen Rechtes von Seite der Germanen so alt sei, als ihre Bekanntschaft mit diesem Rechte.

Doch ich kehre wieder in meinen Weg zurück und zu der Stelle aus der exauctoratio Hludowici, welche zu der Abschweifung den Anlass gegeben. Diese Stelle zeigt noch ein zweites, was die Beachtung verdient. Sie lehrt, dass man am Anfange des 9. Jahrhunderts keinen Anstand nahm, den Begriff und das Wort militia, insbesondere saecularis militia, in demselben weitern Verstande zu gebrauchen, in welchem auch wir nicht selten das Wort Amt zu brauchen pflegen, nämlich zur Bezeichnung eines jeden Antheils an der Verwaltung und Besorgung der Staatsangelegenheiten. In diesem Sinne konnte man auch die

---

cap. 1, 6, 7, Nov. 81 praef., cap. 1 §. 1, Nov. 134 c. 1, 2 s. fin. u. s. w. Ich brauche nicht erst hervorzuheben, dass, wenn meine frühern Ausführungen über die Bedeutung von militia und der verwandten Begriffe im spätern römischen Reiche überhaupt noch einer Bestätigung bedürften, diese Erscheinungen sie in vollem und mehr als ausreichendem Maasse liefern würden.

öffentliche Thätigkeit des Königs und Kaisers selbst als eine militia auffassen, gleichwie es uns ganz geläufig ist, von dem „Amte" der Regenten zu reden.[16]

§. 70.

Dass militia in den ersten Zeiten des fränkischen Reiches den Staats- und Hofdienst, und dass miles den königlichen Diener und Beamten bedeute, haben auch schon Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte II. S. 440, 446, III. S. 346 Anm. 3, S. 456, und Roth, Geschichte des Beneficialwesens S. 294 fg., besonders Anm. 63, bemerkt. Und dem Urtheil so gründlicher Kenner dieser Zeiten ist gewiss an und für sich allein schon ein bedeutendes Gewicht beizumessen. Roth macht aber dabei noch die weitere Bemerkung, die ich, soweit meine Forschungen reichen, nur vollkommen bestätigen kann, dass sich in der merovingischen Zeit das Wort miles in der Anwendung auf die kriegerischen Einrichtungen des fränkischen Reiches nirgends findet. Miles als Krieger kommt vielmehr bloss bei der Berührung römischer Verhältnisse vor. Zur Erklärung weist schon Roth auf die Verschiedenheit der römischen und der fränkischen Heeresverfassung hin. Während bei den Römern die Heere durch Werbung ergänzt wurden, war bei den Franken die Heerpflicht eine allgemeine. Es fehlte also hier gerade das, was nach den damaligen Vorstellungen zum Begriffe eines miles wesentlich gehörte, das besondere Dienst- und Pflichtverhältniss zum Könige.

Ich vermag aber noch einen Umstand anzuführen, welcher die Beobachtung Roth's in interessanter Weise beglaubigt, und dessen ich um so mehr zu erwähnen Anlass habe, als er unmittel-

16) Ich will dabei nicht unerwähnt lassen, dass in der nämlichen Urkunde das „Amt" des abzusetzenden Kaisers zweimal als „ministerium sibi commissum" bezeichnet wird, während die Bischöfe auch wieder von ihrem „Amte" („memores — — *ministeriique* nostri") sprechen. S. Pertz Leg. t. I. p. 366 vers. 52, p. 367 verss. 4, 29. Man vergleiche über diese Auffassung des Königthums und Kaiserthums als eines (von Gott übertragenen) Amtes Waitz III. S. 199 fg. Auch im 10. Jahrhundert wird bei Widukind, Res gestae Saxonicae das Königthum gleich dem erzbischöflichen Amte als „officium", d. i. Amt, bezeichnet. Vgl. Köpke, Widukind von Korvei (1867) S. 91.

bar den Hauptgegenstand meines Buches betrifft. Er ist freilich dem langobardischen Recht entnommen; allein die Verhältnisse des langobardischen Reiches kamen mit denjenigen des fränkischen gerade darin überein, dass der Kriegsdienst eine Pflicht aller freien Männer war.[1] Folglich liess sich auf die Heermannen (arimanni, exercitales) der Begriff der milites, das heisst königlicher Diener, nicht anwenden.[2] Und eben so wenig natürlich Rechtssätze, die, wie man glaubte, mit diesem Begriffe untrennbar zusammenhiengen. So erklärt es sich, dass das Edictum Rotharis vom Jahr 643 im cap. 167 zwar das castrense peculium aufnimmt, davon aber ausdrücklich gerade dasjenige ausschliesst, was man am allerehesten als Bestandtheil erwarten sollte, nämlich dasjenige, was bei dem Heer erworben ist. Die Stelle, soweit sie hier in

---

1) Walter, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Ausg. I. §. 43, 45; Bethmann-Hollweg, Der germ.-roman. Civilprocess I. S. 297.

2) Bethmann-Hollweg sagt zwar a. a. O., die freien Volksgenossen seien nicht allein arimanni und exercitales, sondern auch milites genannt worden. Er stützt sich aber dafür bloss auf die pactio Sicardi vom J. 836. Aus einer so späten Quelle ist gerade hier ein Rückschluss auf die frühern Zeiten schwerlich statthaft. Zudem kann man zweifeln, ob auch nur in der pactio Sicardi miles als gleichbedeutend mit exercitalis stehe. Man darf sich ferner nicht etwa darauf berufen wollen, dass doch, wie oben nachgewiesen, in dem westgothischen und burgundischen Reiche der Ausdruck miles, ganz dem römischen Sprachgebrauche gemäss, auch auf die Kriegsleute Anwendung gefunden. Denn in diesen Staaten standen die Einrichtungen und Anschauungen den römischen, wie man sie in den eroberten Landstrichen vorfand, bedeutend näher, als in dem fränkischen und langobardischen Reiche. Es ist daher leicht begreiflich, dass man dort das Wort miles auf alle Fälle bezog, auf die es von den Römern bezogen wurde, und dass man namentlich, wie es bei diesen geschah, milites auch alle Wehrmänner nannte, aus denen die Heere bestanden; dass man also mit andern Worten die Führung der Waffen im Heer schon als einen besondern dem Könige geleisteten Dienst ansah, welcher, wie bei den Römern, eine besondere Auszeichnung und Belohnung verdiene. Vgl. namentlich die oben S. 477 fg. mitgetheilte Interpretatio zu der L. 2 Th. C. de iurisd. 2, 1, in welcher: „in armis nostris militans“ abwechselnd und völlig gleichbedeutend mit „serviens nobis in armis“ vorkommt. Den Franken und Langobarden dagegen, welche zäher an den germanischen Anschauungen festhielten, war diese Auffassung des Heerdienstes fremd, und sie wendeten daher auf die Glieder ihrer Volksheere auch den Begriff und Ausdruck milites nicht an.

Betracht kommt, lautet nach Bluhme's Ausgabe (Pertz Leg. t. IV p. 38) so:

> Si fratres post mortem patris in casa commune remanserint, et unus ex ipsis in obsequium regis aut iudicis aliquas res adquesiuerit, habeat sibi in antea absque portionem fratrum; et qui foras in exercitum aliquit adquisiuerit, commune sit fratribus quod (al. quos) in casa commune dimiserit.[3]

3) Eine Handschrift liest zwar statt „et qui" vielmehr „neque quae", was den umgekehrten Sinn ergäbe. Allein die erste Lesart ist aus innern wie äussern Gründen vorzuziehen. Sie findet sich auch in dem Liber Papiensis Roth. 167 (Pertz Leg. t. IV. p. 326) und in der Lombarda (L. 11 de successionibus II, 14), und sie wird durch die Glossen und Formeln zu der Stelle (Pertz p. 327) bestätigt. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter 2. Ausg. II. S. 219 will in der Stelle nur ein Analogon des castrense und quasi castrense peculium anerkennen, indem er anzunehmen scheint, dass sie von Erwerbungen erst nach dem Tode des Vaters handle. Hätten wir es mit klassischem Latein zu thun, so möchte diese Annahme unabweisbar sein; allein hier dürfen wir es, wie schon die kleine Probe beweist, mit dem Ausdrucke zu genau nicht nehmen. Und dass der Gesetzgeber an Erwerbungen schon bei des Vaters Lebzeiten gedacht hat, geht mit Sicherheit aus den folgenden Schlussworten des cap. 167 cit. hervor: „De paterna autem uel materna substantia *quod relicum fuerit*, inter se aequaliter diuidant". Man sieht also, dass in der Stelle Regeln gegeben werden sollen in Betreff der Auseinandersetzung über das bei dem Tode des Vaters vorhandene gesammte Vermögen. Mit dieser Auslegung gewinnen wir denn aber ein wirkliches castrense oder dem römischen Sprachgebrauche zufolge quasi castrense peculium. Und hiemit stimmt vollkommen überein folgende alte Glosse zu der Stelle (Pertz p. 327): „*in exercitu*] id est in castris; *castrense lege Longobarda legi Romanae contrarium*". (Contrarium: weil der Erwerb in castris, der nach dem römischen Rechte vor allen Dingen castrense peculium wird, nach dem langobardischen Rechte von dem castrense peculium ausgeschlossen ist.) — Das ganze Gewicht der Stelle würde freilich wegfallen, wenn sie, wie Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I. S. 128 Anm. 22 schreibt, „gewiss nicht dem römischen Recht entlehnt, sondern in jedem Worte rein deutsch" wäre. Leider hat Stobbe seine Gründe für diese Behauptung nicht genannt, und die von Hegel, Geschichte der Städteverfassung von Italien I. S. 399 fg. angeführten haben mich, soweit ich das alte deutsche Recht kenne, von ihrer Triftigkeit nicht zu überzeugen vermocht. Ueberhaupt wird nach meinem Bedünken der Einfluss des romanischen Elementes auf die Germanen, insbesondere auf diejenigen, welche in romanischen Ländern sassen, für die ersten Jahrhunderte nach der Völkerwanderung in der Regel viel zu gering angeschlagen.

Die Stelle liefert zugleich den Beweis, dass die Langobarden gleich den Franken noch im 7. Jahrhundert den Begriff und Ausdruck milites auf das aufgebotene Volksheer nicht bezogen.[4]

Hiemit ist aber der weitere Beweis geführt, dass die gewöhnliche Auffassung, welche den spätern Begriff von miles als Vasall und Ritter in seinen Ursprüngen auf das Merkmal der kriegerischen Beschäftigung zurückführen will, nicht richtig ist. Zwar verlangte in jenen kriegerischen Zeiten der König von seinen Dienern und Beamten natürlich auch Kriegsdienste; allein dieses war gar nichts besonderes, denn gleiches konnte er von jedem Unterthan verlangen. Das richtige ist vielmehr gerade das Gegentheil jener gewöhnlichen Auffassung. In den ersten Zeiten des fränkischen Reiches hatte sich der Begriff der militia und des miles von dem Merkmal der kriegerischen Thätigkeit vollkommen abgelöst, und niemandem kam es in den Sinn, bei diesen Ausdrücken gerade oder auch nur vorzugsweise an kriegerische Dienste zu denken. Erst seit dem 9. Jahrhundert und seit mit der Entwickelung des Lehenswesens der allgemeine Dienst im Heer mehr und mehr in dem Vasallendienste aufgieng, sieht man jenes Merkmal in den Begriff der militia allmählich wieder eindringen. Doch davon hernach! Ich bleibe hier zunächst noch bei der Merovingerzeit stehen.

Den gewonnenen Ergebnissen zufolge werden wir für diese Zeit den Begriff der militites saeculares zu beziehen haben auf die königlichen Beamten und auf die Antrustionen, das heisst diejenigen, welche in Folge eigener oder fremder Commendation in das königliche Gefolge aufgenommen und damit in ein enges Verhältniss der Treue und Ergebenheit zum Könige getreten

4) Das nämliche Verhältniss findet sich noch im 10. Jahrhundert bei den Sachsen. In Widukind's Res gestae Saxonicae ist „miles ein Prädicat, das nicht jedwedem, der Waffen führt, ertheilt wird"; sondern milites heissen nur die Angehörigen des Standes der Vasallen und Ministerialen. Darum werden denn auch die milites von dem Heerbann, exercitus, unterschieden, der nur zu einem Theil aus milites, zu einem andern, grössern Theil aus den vermöge der allgemeinen Heerespflicht aufgebotenen Freien besteht, auf welche letztern der Name milites keine Anwendung findet. Man vergleiche über dieses alles Köpke, Widukind von Korvei S. 94 ff., 99, 101 ff.

waren.[5] Und jetzt bin ich denn im Stande, einen noch bestimmtern Beweis zu führen, dass die militia wirklich mit einer höhern Ehre verbunden war. Habe ich doch nur nöthig, auf die Verdreifachung des Wergeldes hinzuweisen, welche zu Gunsten der Antrustionen und königlichen Beamten wegen dieser ihrer besondern Beziehung zum Könige eintrat.[6]

Der Name Antrustionen kommt in der karolingischen Zeit nicht mehr vor. Es wurde jetzt üblich, die Personen, welche durch Commendation in ein besonderes Dienst- und Pflichtverhältniss zu dem Könige getreten waren, als seine vassi oder vasalli zu bezeichnen, Ausdrücke, welche ursprünglich einfach so viel bedeuten als „Diener", und welche in der frühern Zeit meist nur zur Bezeichnung Unfreier verwendet worden waren.[7] Auf

---

5) Vgl. Waitz II. S. 260, 436 ff. In den von ihm S. 260 Anm. 3 und S. 436 Anm. 1 angeführten Stellen wird der Begriff von militare und miles mit der Commendation in unmittelbare Verbindung gebracht. Vgl. namentlich die, auch oben S. 483 mitgetheilte, Stelle aus der Vita Hermelandi c. 1. Dass die Personen, von welchen die genannten Stellen handeln und welche darin als milites bezeichnet werden, für Antrustionen anzusehen, sagt auch Roth S. 125 Anm. 54, der übrigens S. 120 ff., 382 wegen des ganzen Verhältnisses zu vergleichen ist.

6) Roth S. 116, 121, Waitz II. S. 265, 268 fg., Walter, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Ausg. I. §. 70.

7) Man vergleiche über diese noch vielfach dunkeln Verhältnisse namentlich Roth S. 367 ff. und Waitz II. S. 258 ff., IV. S. 198 ff; über die erwähnten Benennungen auch noch Du Cange, Gloss. s. v. Vassus, und Walter, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Ausg. II. §. 385, 391. Die spätere Anwendung dieser Ausdrücke auf freie Dienstverhältnisse darf gar nicht überraschen; denn irgend eine scharfe Unterscheidung der freien und unfreien Dienstverhältnisse in der Benennung ist in jenen Zeiten überhaupt nicht zu entdecken. In den germanischen Reichen des Mittelalters werden vielmehr Ausdrücke, welche in der römischen Rechtssprache entschieden nur auf unfreie Dienstverhältnisse gehen, namentlich das Wort servire, von Anfang an ganz unbefangen auch für freie Dienstverhältnisse gebraucht. Ich habe schon mehrfach Gelegenheit genommen, darauf hinzuweisen, dass servire, famulari und ähnliche Ausdrücke häufig völlig gleichbedeutend mit militare vorkommen. Vgl. oben S. 478 und §. 69 Anm. 3 und 5. Ferner wird sich unten ergeben, dass *milites* Christi oder Dei, *servi* Dei, *famuli* Dei und *ministri* Dei damals ganz gleichgeltende Bezeichnungen waren. S. §. 72 Anm. 4.

diese Weise erhielt miles seine bekannte gleiche Bedeutung mit Vasall, in der es vom 9. bis in das 12. Jahrhundert so häufig ist.[8]

Aber der Begriff der Vasallen blieb nicht auf die königlichen Dienstmannen beschränkt. Gleich dem Könige hatten schon frühzeitig auch die grossen Grundbesitzer ein Gefolge unterhalten. Zunächst aus ihren Unfreien. Dazu kamen aber bald auch Freie, welche sich durch Commendation und Eid der Treue in ihren Dienst ergaben. Diese wurden ebenfalls Vasallen, der Herr ihr Senior genannt.[9] Einmal gewohnt, das Wort vasallus für gleichbedeutend mit dem Worte miles anzusehen, und dem letztern im wesentlichen keinen andern Sinn, als denjenigen eines Dieners zuzuschreiben, war es ganz natürlich, dass man keinen Anstand nahm, auch solche Vasallen nicht des Königs, sondern anderer Senioren, als milites derselben zu bezeichnen.

---

8) Du Cange s. v. Miles, Hüllmann, Geschichte des Ursprungs der Stände in Deutschland 2. Ausg. (1830) S. 450 fg., Waitz III. S. 457 Anm. 1, IV. S. 232 Anm. 4, S. 522 Anm. 1, Köpke, Widukind von Korvei S. 94 ff. (für das 10. Jahrh.), Ficker, Vom Heerschilde (1862) S. 89, 90, 91, 92, 93, 94 (für das 11. Jahrh.), Hegel, Geschichte der Städteverfassung von Italien II. S. 95—101 (für das 10. und 11. Jahrh.) geben zahlreiche Belege. Man vergleiche auch Fr. Hotomanni Comment. de verbis feudal. (Anhang zu der Ausgabe des Brissonius, De verb. sign. vom J. 1743) s. v. Miles: „*Miles* in libris feudisticis et *vasallus* synonyma sunt". Zum Beweise, wie überaus geläufig dem 11. und 12. Jahrhundert das Wort in diesem Sinne war, kann es genügen, mich zu beziehen auf das edictum Chuonradi II. de beneficiis vom J. 1037 (Pertz Leg. t. II. p. 39), auf die const. Heinrici III. de benef. amitt. zw. 1039—1056 (Pertz ibid. p. 43) und auf die libri feudorum, wie z. B. I. F. 19—23, 27, 28, II. F. 17, 21, 22, 26.

9) Man vergleiche Roth S. 152 ff., 367 ff., Walter, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Ausg. §. 79. Im fränkischen Reiche ist nach Roth S. 156 die erste sichere Nachricht von einem freien Privatgefolge aus der Zeit Karl Martell's, also aus der ersten Hälfte des 8. Jahrhunderts. Im langobardischen Reiche lassen sich aber freie Dienstmannen (gasindii) der duces schon ein Jahrhundert früher nachweisen. S. edict. Rotharis c. 225 und vgl. Bethmann-Hollweg, der germ.-roman. Civilprocess I. S. 298 Anm. 26. Wir dürfen daher gewisslich annehmen, dass auch im fränkischen Reiche der Ursprung des Verhältnisses schon in die Zeit vor Karl Martell zurückreicht, und um so mehr, da wir es in dem Capit. Pipp. a. 757 c. 9 (Pertz Leg. t. I. p. 28) bereits in vollkommener Ausbildung finden, so zwar, dass schon die Möglichkeit von Vasallen eines Vasallen vorausgesetzt wird. Vgl. auch Waitz II. S. 200 ff., 261 fg.

Zum Beweise kann ich mich für die spätere Zeit auf die Anführungen in der Anm. 8 beziehen. Die erste Spur dieser Erweiterung des Sprachgebrauches aber habe ich in der oben S. 484 mitgetheilten Stelle aus dem Capit. Pipp. a. 755 c. 12 gefunden. Sehr leicht möglich, dass sie durch die Bezeichnung der Hülfsbeamten des Grafen als milites angebahnt oder doch mindestens erheblich gefördert worden ist. Denn je unabhängiger die Stellung dieser Beamten ward, je mehr sie zu wahren Fürsten ihrer Amtsbezirke emporwuchsen, um desto mehr mussten ihre Unterbeamte als Diener nicht sowohl des Königes, als vielmehr des Grafen selbst sich darstellen. Diese Auffassung kommt namentlich in dem Capitul. Aquisgran. a. 802 cap. 25 (Pertz Leg. t. I. p. 94) und in dem Capit. Langobard. a. 803 c. 17 (Pertz p. 111) zum Vorschein, und die erste Stelle lehrt zugleich, dass damals dem Grafen selber die Auswahl seiner Unterbeamten überlassen war. Ganz natürlich, dass er sie vorzugsweise, wo nicht ausschliesslich, aus seinen Vasallen nahm.

In voller Ausbildung zeigt sich diese erweiterte Bedeutung von miles bereits in der merkwürdigen Rechtsquelle, welche nach dem ersten Fundorte gewöhnlich Lex Romana Utinensis genannt wird, die aber, wie neuere Untersuchungen ziemlich ausser Zweifel gestellt haben, in Churrhätien entstanden ist, und zwar im Laufe des 9. Jahrhunderts, vielleicht sogar schon ganz am Anfange dieses Jahrhunderts.[10] Die milites kommen darin mehrfach vor als Vasallen der principes, bei denen wir unzweifelhaft an die Grafen zu denken haben.[11] Und sie haben bereits vor diesen ihren Senioren einen eximierten Gerichtsstand. Beides wird durch folgende Stellen bewiesen.

Lex Rom. lib. II. tit. 1 c. 2 (Ed. Haenel. p. 31): Si inter patrianum privatum et *militem, qui cotidie in servicio principis adstat*, si inter eos de qualecumque rem causam advenerit,

---

10) S. darüber Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I. S. 203 ff. Er bezeichnet das Gesetz geradezu als Lex Romana Curiensis. Hänel in seiner Ausgabe der Lex Romana Visigothorum nennt es Epitome S. Galli und druckt es neben den andern Epitomae des Breviars ab. Diese Ausgabe ist hier überall benutzt.

11) Hegel, Geschichte der Städteverfassung von Italien II. S. 107 fg.

si ille miles illum privatum patrianum amallaverit, iudex de ipsa patria exinde inter eos iusticiam faciat, et si forsitam ille privatus homo illum militem accusaverit, ille, cui militat ipse, de eo iusticiam faciat.

Lex Rom. lib. II. tit. 1 c. 8 (Ed. Haenel. p. 33): Minores causas inter privatus iudices ipsi privati discuciant et iudicent. — — Maiores vero causas inter *altas personas* — — ante seniores principes definiantur.

Lex Rom. lib. II. tit. 1 c. 9 (Ed. Haenel. p. 35): Quicumque homo, qui suos iudices, qui in sua provincia commanent, posposuerint et ad *milites*, *qui in obsequio principum sunt*, suas causas agere praesumserint, ipse, qui eam causam inquirit, in exilio deputetur, et ille miles, qui ipsam causam iudicat, X libras auri solvat.[12]

§. 71.

Den Eintritt in das Vasallenverhältniss pflegten die Senioren zu belohnen oder zu erkaufen durch die Verleihung von Beneficien, das heisst durch die lehensweise Ueberlassung von Grund und Boden zum Genusse.[1] Der Begriff des miles oder Vasallen kam dadurch in eine enge Verbindung mit dem Lehnswesen. Es konnte allerdings Vasallen auch ohne Beneficien geben; allein das kam doch nur in seltenen Ausnahmsfällen vor. Die weitaus überwiegende Regel war, dass jeder Vasall auch ein Beneficium hatte, und dass umgekehrt ein jeder, der ein Beneficium erhielt, sich auch als Vasall verpflichten musste. Und je länger, desto mehr wurde beides als zusammengehörig, und der Begriff des Lehnsmannes mit demjenigen des Vasallen für gleichbedeutend angesehen.[2]

---

12) Savigny, Geschichte des röm. Rechts im M. A. 2. Ausg. I. S. 439 will die milites dieser Stellen auf die Germanen, die privati oder patriani auf die Römer deuten. S. dagegen Bethmann-Hollweg, Ursprung der lombard. Städtefreiheit (1846) S. 31 fg., Hegel II. S. 109.

1) Vgl. Roth S. 358 ff., 279 ff., 427 ff.; Walter, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Ausg. I. §. 80 ff.; Waitz IV. S. 151 ff.

2) Vgl. Roth S. 379 ff., S. 429 fg., Waitz IV. S. 198, 216 ff, 510; auch Roth, Feudalität und Unterthanenverband (1863) S. 205.

Eine besondere Beziehung zum Kriegsdienste war in der Verleihung eines Beneficiums an sich nicht wesentlich enthalten. Eben so wenig lag sie an sich in der Eigenschaft eines Vasallen. Aus beidem gieng vielmehr, falls nicht bestimmte Leistungen festgesetzt waren, zunächst nur eine allgemeine und unbestimmte Pflicht zu Treue, Ergebenheit und für einen Freien schicklicher Dienstleistung hervor.[3] Allein diese brachte es von selber mit sich, dass der Senior von seinen Vasallen auch kriegerische Dienstleistungen erwarten und fordern konnte, und gerade auf solcherlei Dienste war es in jenen unruhigen Zeiten bei der Begründung des Verhältnisses gewöhnlich abgesehen.[4] Diese Seite des Verhältnisses musste aber mehr und mehr an Bedeutung wachsen in demselben Maasse, in welchem mehr und mehr die Zahl der freien Heerpflichtigen zusammenschmolz, und der Ueberrest entweder sich dem Kriegsdienste zu entziehen suchte oder andernfalls aus Rücksichten des eigenen Vortheils, oft genug durch freiwillige Lehnsauftragung, in den Lehns- und Vasallenverband mit einem mächtigen Herrn zu gelangen strebte.[5] So wurden die Heere immer mehr zu blossen Vasallenheeren. Die Gewinnung von Vasallen war neben der kriegerischen Einübung und Verwendung unfreier Leute das einzige Mittel, sich eine ergebene und allzeit dienstbereite Kriegsmannschaft zu sichern. Kriegerische Dienste erschienen daher zuletzt ganz vorzugsweise und eigentlich als diejenige Leistung, wofür ein Lehn gegeben, und wozu der Vasall durch den Empfang desselben verpflichtet ward.[6]

3) Vgl. Roth, Geschichte des Beneficialwesens S. 378 ff., 403 ff., 427 ff., Feudalität und Unterthanenverband S. 211 ff.; Walter, §. 84, 85; Waitz IV. S. 195, 198, 230 ff., 510.

4) Roth, Geschichte des Beneficialwesens S. 381, 411; Waitz II. S. 532 ff., IV. S. 509 fg.

5) Vgl. Walter §. 138 — 140, 215 — 217.

6) Ich beziehe mich auf Waitz IV. S. 196, 479 ff., 492, 496, 503 ff., 509 fg., 513 fg. und auf die dort angeführten Belegstellen. Zur richtigen Würdigung dieser Verhältnisse vergleiche man Köpke, Widukind von Korvei S. 102 fg.: die Verpflichtung, bei dem Heerbann zu bleiben, dauerte nur ein Vierteljahr, und die wichtigsten Unternehmungen wurden oft vereitelt, weil das Volksheer nach Ablauf jener Zeit seine Entlassung

Im Gefolge dieser Entwickelung sehen wir seit dem Beginne des 9. Jahrhunderts das Merkmal der kriegerischen Thätigkeit mit dem Begriffe des miles und den verwandten Begriffen allmählich wieder in Verbindung treten; erst als ein regelmässiges, am Ende als ein festes und nothwendiges Element.[7]

---

begehrte. Sehr begreiflich daher, dass man, wo es nur immer angieng, dem Dienste des Volksheeres denjenigen der Vasallen und Ministerialen, der nicht an eine solche Zeitschranke gebunden war, vorzog.

7) So steht z. B. *militia* im Sinne des Kriegsdienstes bereits in der const. Hludow. I. a. 817 (Pertz Leg. t. I. p. 223 sqq.), worin die Klöster aufgezählt werden, welche entweder „dona et *militiam* facere debent" oder bloss „dona sine militia" oder „nec dona nec militiam, sed solas orationes". Ferner bei Hincmar, Op. II. p. 176 (Waitz IV. S. 503 Anm. 3), p. 324 (Waitz ebendas. und S. 504 Anm. 3), p. 325 (Waitz S. 196 Anm. 4, S. 505 Anm. 1), p. 762 (Waitz S. 503 Anm. 3), bei Frothar, Epist. 9 (Waitz S. 196 Anm. 3), bei Lupus, Epist. 78 (Waitz S. 501 Anm. 1), in einem Briefe des Hetti von Trier (Waitz S. 465 Anm. 1), in einem Schreiben verschiedener Bischöfe an Ludwig den Deutschen vom J. 858 cap. 7 (Waitz S. 504 Anm. 1). *Militare obsequium* in dem gleichen Sinne kommt vor bei Lupus, Epist. 119 (Waitz S. 493 Anm. 3), *res militaris* in der Bedeutung des Heerwesens in dem capit. Karoli II. a. 844 c. 8 (Pertz Leg. t. I. p. 385), *militares homines* in derjenigen von Kriegsleuten bei Lupus, Epist. 32 (Waitz S. 493 Anm. 1). Ganz besonders schön und deutlich erkennbar aber tritt die im Text erwähnte Umbildung der Begriffe zu Tage in folgenden Stellen des kanonischen Rechtes: c. 6 C. XXIII. qu. 8 (ex conc. Meld. a. 845): „Quicunque ex clero esse videntur, arma militaria non sumant, nec armati incedant. — — Quod si contempserint, — — proprii gradus amissione mulctentur, quia non possunt simul Deo et seculo militare". (Cf. capit. Karoli II. a. 846 c. 37 [Pertz Leg. t. I. p. 390].) C. 19 C. XXIII. qu. 8 (aus einem Schreiben des Papstes Nicolaus an die Könige Ludwig und Karl v. J. 846): „Reprehensibile valde constat esse, quod subintulisti dicendo, maiorem partem omnium episcoporum die noctuque cum aliis fidelibus tuis contra piratas maritimos invigilare ob idque episcopi impediantur venire, cum militum Christi sit, Christo servire, militum vero seculi, seculo, secundum quod scriptum est: nemo militans Deo implicat se negotiis secularibus. Quod si seculi milites seculari militiae student, quid ad episcopos et milites Christi, nisi ut vacent orationibus?" C. 5 D. 50 (Nicol. papa c. a. 867 Roma in Galliam): „Clericum, qui paganum occiderit, non oportet ad gradum maiorem provehi, qui carere etiam debet acquisito, homicida enim est. Nam cum discreti sint milites seculi a militibus ecclesiae, non convenit militibus ecclesiae *militare seculo, per quod ad effusionem sanguinis necesse sit pervenire*". C. 1 C. XXIII. qu. 8

Aber nicht die Begriffe allein, auch die Verhältnisse selbst hatten sich denjenigen des frühern römischen Reiches im 5. und 6. Jahrhundert um ein bedeutendes angenähert. Denn die Vasallen mussten sich jetzt gewissermaassen als gedungene Kriegsleute darstellen, vergleichbar den Soldaten jenes frühern römischen Reiches; nur mit dem Unterschiede, dass ihr Sold nicht in Gelde, sondern, den damaligen wirthschaftlichen Zuständen entsprechend, in der Nutzung eines Grundstückes bestand.[8]

Noch ein anderes Merkmal mischte sich dem angegebenen von selbst mit hinzu. Die Franken pflegten schon frühzeitig, und mindestens seit der Zeit Karl's d. Gr., den Kriegsdienst zu Pferde zu leisten.[9] Auch nach dem Zerfall des fränkischen Reiches bestand allenthalben im christlichen Abendlande der Kern der Heere aus Reiterei. Insbesondere ist es bekannt, dass am Anfange des 10. Jahrhunderts Heinrich I. sich genöthigt sah, sein sächsisches, bisher noch an den Kampf zu Fusse gewohntes und deshalb den berittenen Ungarn nicht gewachsenes Heer ebenfalls in ein Reiterheer umzuwandeln und zu dem Ende seinen

---

(Ioann. VIII. c. a. 875): „Nimium certe veretur et iure formidat, contra professionem sui ordinis secularem militiam exercere; terram defendere, de praeliis tractare, de armis, terrenae potestatis est". In allen diesen Stellen weisen die Ausdrücke miles, militia und militare noch immer den Hauptbegriff des Dienens auf; allein man sieht leicht, dass dabei überall schon an kriegerischen und Waffendienst gedacht ist. In Betreff der spätern Zeiten kann ich mir wohl die Beibringung besonderer Belege für die vorwiegend kriegerische Färbung jener Ausdrücke ersparen. Doch will ich wenigstens wegen des 10. Jahrhunderts, weil hier die Quellen verhältnissmässig sehr dürftig sind, eine Verweisung auf Köpke, Widukind von Korvei S. 94 ff. nicht unterlassen.

8) Die Vergleichung der milites des 9. Jahrhunderts mit denjenigen des frühern römischen und des damaligen byzantinischen Reiches, und ihrer Beneficien mit dem Solde der letztern, war schon der damaligen Zeit geläufig. Den Beweis liefert folgende interessante Stelle Hincmar's von Rheims (806 — 882), Op. II. p. 325, die ich aus Waitz IV. S. 505 Anm. 1 entlehne: „ad vos se reclamavit de beneficio militiae, quasi de stipendiis et roga, quae antea, sicut hodieque fit alibi, dabantur militibus de publico".

9) Dieses ist von Waitz IV. S. 458 ff., und, wie mir scheint, mit voller Sicherheit, nachgewiesen. Vgl. auch Dümmler, Geschichte des ostfränk. Reiches II. S. 633.

Vasallen den Dienst zu Rosse aufzuerlegen.[10] Ueberhaupt galten jetzt überall die Vasallen, denen ihr Lehngut Vergeltung und Mittel dafür gewährte, für verpflichtet, sich stets zu Rosse zu stellen. So verknüpfte sich mit dem Begriffe des miles ganz von selbst der Gedanke des reisigen Dienstes; miles wurde nach dieser Seite hin gleichbedeutend mit Ritter.[11]

Nun wurden aber, wie schon angedeutet, vielfach auch unfreie Leute von ihren Herren zum Reiterdienste eingeübt und gleich den freien Vasallen im Felde verwendet. Aus dieser Gleichheit des Berufes entsprang eine Gleichheit der Lebensstellung. Nicht allein an äusserer Ehre und in den gesellschaftlichen Beziehungen gelangten die Ministerialen mit den freien Vasallen auf gleichen Fuss, sondern sie pflegten auch, wie diese, mit Beneficien ausgestattet zu werden, die mehr und mehr nach der Analogie der echten Lehen behandelt wurden. Oft sogar hatten sie sich von Seite ihrer Herren einer grössern Gunst und Auszeichnung zu erfreuen, als die Vasallen. So kam es, dass der Begriff und Ausdruck miles allmählich auch auf diese unfreien Dienstmannen Anwendung fand; und zuletzt schmolzen sie mit den freien Vasallen ununterscheidbar in einen einzigen Stand zusammen.[12]

---

10) S. Köpke, Widukind von Korvei S. 99 fg.

11) Diese Bedeutung des Ausdruckes zeigt sich klar in folgenden Stellen, die ich aus Hüllmann, Geschichte der Stände 2. Ausg. S. 453 Anm. 2 entnehme. Nämlich Dodechini append. ad Mariani Scoti Chron. ad a. 1100 (richtiger Ann. St. Disibodi [Pertz SS. XVII. 18]): „Cum in exercitu nostro non plus quam 5000 *militum* et 15000 *peditum* fuissent"; Chron. S. Petri Erfurt. ad a. 1219: „mille *peditum* et centum *milites*".

12) Man vergleiche über dieses alles Walter §. 220 — 229, und was die Bezeichnung der unfreien reisigen Dienstmannen als milites anlangt, die bei Hüllmann, Geschichte der Stände S. 452 Anm. 16 und bei Walter §. 220 Note 10, 21, 22 angegebenen Belege aus dem 10., 11. und 12. Jahrhundert. Nach Ficker, Vom Heerschilde S. 141 ff. gieng im 13. Jahrhundert, wenigstens in Süddeutschland, der Begriff der milites im Gegensatze zu den nobiles oder liberi (den freien Herren) sogar vorzugsweise auf die unfreien Dienstmannen. — Die Verschmelzung der Ministerialen mit den freien Vasallen scheint sich seit der Mitte des 12. Jahrhunderts vollzogen zu haben: Ficker S. 180 fg., 187 ff. Doch nimmt Köpke, Widukind von Korvei S. 101 schon für das 10. Jahrhundert an, dass die mili-

Diese Verschmelzung wurde nicht wenig gefördert durch ein Verhältniss, mit welchem eine neue Wandlung des Begriffes miles in Verbindung stand. Ich meine die Auffassung derer, welche sich, gleichviel ob von freier oder unfreier Abkunft, dem Ritterberufe gewidmet, als einer besondern Genossenschaft und des Titels eines Ritters oder miles als des Ausdruckes der erlangten Selbständigkeit und Vollberechtigung in dieser Genossenschaft: Anschauungen, dergleichen wir in allen mittelalterlichen Berufskreisen wiederfinden. Und gleichwie die Handwerkerzünfte den Gesellen nur nach gehöriger Vorbereitung und abgelegter Probe seiner Geschicklichkeit in einer feierlichen Weise zum Meister erklärten: so erfolgte auch nur unter den nämlichen Bedingungen die feierliche Ertheilung des Rittergrades an den Knappen. Das vornehmlichste und wesentlichste Stück der dabei üblichen Bräuche bestand aber in der Anlegung des ritterlichen Gürtels. Denn das cingulum militare war noch immer das eigentliche Abzeichen des miles. Nur der Ritter hatte das Recht, sein Schwert umzugürten, während es die Knappen und nicht rittermässigen Männer an einem über die Brust und rechte Schulter laufenden Gehänge tragen mussten.[13]

---

tes (der ordo equester) „als ein niederer Adel gelten könnten, der aus Freien und Dienstmannen entstanden, auch für das zehnte Jahrhundert am besten als Ritterstand bezeichnet werde". — Noch weiter, als im Texte angegeben, wollen den mittelalterlichen Begriff von miles ausdehnen Hüllmann a. a. O. und ihm folgend Walter §. 218 Note 1, indem sie behaupten, auch selbst die gemeinen Söldner hätten überall milites geheissen. Allein Hüllmann hat dafür in der Anm. 17 nur einen einzigen Beweis beigebracht in einer Stelle aus der zweiten Hälfte des 12. Jahrhunderts, in welcher von „solidarii milites innumeri" die Rede ist. Damit sind jedoch in Sold genommene eigentliche Ritter gemeint. Vgl. Stenzel, Geschichte der Kriegsverfassung Deutschlands S. 244.

13) Vgl. Du Cange s. vv. Cingulum militare und Miles; Walter §. 218, 219 und die dort §. 218 Note 10, 13, 14, §. 219 Note 2, 3 mitgetheilten Stellen; besonders aber Büsching, Ritterzeit und Ritterwesen (1823) I. S. 91 fg., 189 fg. Dieser beweist auch S. 33 ff., 85 fg., dass der Ritterschlag nicht, wie man gewöhnlich annimmt, als eine blosse geschichtliche Fortsetzung der altgermanischen Wehrhaftmachung angesehen werden darf.

Aber das cingulum militare war auch noch immer das Abzeichen einer besondern Würde und bedeutender rechtlicher und gesellschaftlicher Vorzüge. Denn der Rittergrad galt als die höchste weltliche Ehrenstufe, die ein Mann durch persönliche Tüchtigkeit erreichen konnte. Er stellte denjenigen, dem er zu Theil geworden, in gesellschaftlichem Range dem Adeligen gleich, ja öfters noch über ihn. Und der Adel selbst bewarb sich daher eifrig um ihn und um die mit ihm verbundene Ehre. Kaiser und Könige sogar hielten es für nothwendig, die Ritterwürde zu erwerben.[14]

In Folge dieser Entwickelung war der Begriff des miles etwas rein persönliches geworden. Die Eigenschaft eines miles erschien als eine persönliche Ehre, die einem jeden besonders ertheilt werden musste, und die mit einem Lehn in keiner nothwendigen Verbindung mehr stand. Es konnte jetzt Ritter geben, die keine Lehen hatten, und umgekehrt konnte jemand auch als blosser Knappe Lehen und Aemter erhalten. Miles und Vasall waren also durchaus nicht mehr gleichbedeutende Ausdrücke.[15]

Und auch in der Hinsicht galt die Ritterwürde als etwas rein persönliches, als für einen jeden ohne Unterschied des Geburtsstandes und selbst für den Unfreien die Möglichkeit bestand, sie durch ritterliche Lebensweise und kriegerische Auszeichnung zu erwerben. Zwar zeigte sich in der Ritterschaft schon während des 12. Jahrhunderts gegenüber dem steigenden Zudrange zum Ritterthum das Bestreben, nur noch Ritterbürtigen die Aufnahme zu gewähren. Und dem entsprechend erliessen die Kaiser Friedrich I. und Friedrich II. beschränkende Verordnungen: Friedrich I., indem er die Söhne der Geistlichen und Bauern, Friedrich II., indem er überhaupt alle nicht aus ritterlichem Geschlechte stammenden von der Ritterwürde ausschloss.[16] Allein

---

14) Vgl. Büsching I. S. 86, 88, 92 ff., II. S. 259 ff., Freytag, Bilder der deutschen Vergangenheit 5. Aufl. Bd. II. Abth. 1 S. 1 fg., 11. Sehr gut sind diese Verhältnisse auch charakterisiert bei Klöden, Diplomatische Geschichte des Markgrafen Waldemar von Brandenburg vom J. 1295 — 1323 Th. II. (1844) S. 67.

15) Walter §. 219 a. E.

16) Frider. I. const. contra incendiar. a. 1187 (Pertz Leg. t. II. p. 185); Petrus de Vineis epist. VI, 17 (Walter §. 218 Note 14). Vgl. auch Frid. I. const. de pace ten. a. 1156 c. 10 (Pertz ibid. p. 103) bei Walter Note 11.

diese Bestimmungen wurden nicht einmal von ihren Urhebern streng beobachtet;[17] noch viel weniger geschah es unter den spätern Kaisern. Schon im 13. Jahrhundert kam es vor, dass die Würde an Bauernsöhne um Geld vergeben wurde. Seit dem Ende dieses Jahrhunderts wurde sie vollends verschwenderisch ausgetheilt; die Luxemburger verliehen sie häufig durch blossen Brief und gegen Geld.[18]

Die unvermeidliche Folge war, dass die Ritterwürde selbst mehr und mehr in der allgemeinen Schätzung sank. Während man auf der einen Seite die Rechte und Auszeichnungen des Ritterthums denjenigen, die bloss den Rittertitel erhalten hatten, ohne sich zugleich einer ritterlichen Lebensweise hinzugeben, nicht mehr zu gewähren geneigt war (§§. 78, 83), nahmen auf der andern Seite die Ritterbürtigen, die sich, unterstützt durch jene Verordnungen der genannten Hohenstaufenkaiser, bereits im 13. Jahrhundert zu einem ausgezeichneten Stande zusammengeschlossen, diese Rechte und Auszeichnungen schon allein kraft der rittermässigen Abkunft in Anspruch, auch wenn ihnen der Rittertitel fehlte. So bildete sich allmählich der Ritterstand zu einem erblichen Geburtsstande um.[19]

Zu der Zeit aber, als das römische Recht in Italien von den Glossatoren seine Pflege empfieng, einer Zeit, die mit derjenigen der höchsten Blüthe des Ritterthums zusammenfiel, war der Ritterstand noch durchaus ein Berufsstand. Und diesen Charakter hat er im ganzen während des Zeitalters der Commentatoren bewahrt.

---

17) Vgl. Otto Frising. de gestis Friderici imp. II, 19 (bei Walter Note 10) und die in der vorigen Anmerkung angeführte Stelle des Petrus de Vineis.

18) Vgl. hierüber Büsching, Ritterzeit und Ritterwesen I. S. 110, II. S. 270 ff., Burckhardt, Die Cultur der Renaissance in Italien S. 361 ff. (2. Aufl. S. 288 ff.), besonders aber Freytag a. a. O. (s. Anm. 14) S. 9 fg., 37 fg. S. auch Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte III. §. 446, Walter §. 460. Ueber das Verhältniss in der Mitte des 15. Jahrhunderts giebt Aufschluss eine bei Runde, Grundsätze des gem. deutschen Privatrechts 5. Aufl. §. 421 Note d mitgetheilte Stelle aus Aeneas Sylvius, Hist. Friedr. III. p. 81.

19) Vgl. Ficker, Vom Heerschilde S. 143 fg., Freytag a. a. O. S. 11, 39 fg., Walter §. 444, 460.

§. 72.

Um den Boden, auf welchem diese Juristen des Mittelalters ihre Theorie des castrense und quasi castrense peculium aufbauten, vollständig kennen zu lernen, müssen wir neben dem Blicke auf das Ritterthum auch noch einen Blick auf die damalige Stellung der Geistlichkeit werfen. Dazu bedarf es aber ebenfalls eines Zurückgehens auf die Verhältnisse, wie wir sie im spätern römischen Reiche des 4. und 5. Jahrhunderts gefunden.

Es hat sich gezeigt, dass die Anschauung, und namentlich die kirchliche Anschauung jener Zeiten die Geistlichen in eine vollkommene Parallele mit den weltlichen Beamten und den Soldaten brachte. Gleichwie diese die besondern Diener des Kaisers waren und als solche die Aufgabe hatten, die Geschäfte und Angelegenheiten des irdischen Reiches zu besorgen, so wurden jene als die besondern Diener Gottes oder Christi betrachtet, denen ihrerseits die Besorgung der Angelegenheiten des himmlischen Reiches oblag. Und dieser Vorstellung entsprach die Bezeichnung der Geistlichen als milites Dei oder Christi. Vordem ein bildlicher, wurde dieser Ausdruck jetzt in einem ganz eigentlichen Sinne genommen. Denn miles war in dem Munde der damaligen Zeit so viel als Beamter, und miles Dei bedeutete daher nichts weiter, als den Beamten, den besondern Diener Gottes, welchem der kirchliche Sprachgebrauch den weltlichen Beamten und Soldaten, also den besondern Diener des Kaisers und des weltlichen Staates, als miles saeculi entgegensetzte. (§. 62.)

Die weltliche Amtssprache des römischen Reiches eignete sich zwar die Ausdehnung des Wortes und Begriffes miles auf die Geistlichen nicht an (§. 63), und dem entsprechend habe ich auch in den Rechtsquellen der germanischen Reiche aus dem 5. und 6. Jahrhundert den Ausdruck miles Christi oder Dei, oder einen andern verwandten Ausdruck nicht entdecken können. Allein die Kirche und die kirchlichen Schriftsteller hielten fortwährend an dieser Ausdrucksweise und der mit ihr verbundenen Vorstellungsweise fest.[1] Und da die Kirche im Abendlande lange

1) Ich gebe zum Belege neben den schon oben S. 482 mitgetheilten Stellen Gregor's von Tours (geb. um 540, gest. 594) noch folgende: Hist.

Zeit hindurch die fast alleinige Trägerin der Bildung war, da ferner im fränkischen Reiche von Anfang an Geistliche an den Hof und in die Umgebung des Königs gezogen wurden und einen wichtigen Antheil an den Staatsgeschäften erhielten, und da endlich schon ziemlich früh, nämlich mindestens schon seit den ersten Karolingern, die königliche Kanzlei beinahe ausschliesslich mit Geistlichen besetzt war und unter der Oberleitung eines Geistlichen stand, so dass die Abfassung aller Staatsschriften durch Geistliche geschah:[2] so konnte es nicht ausbleiben, dass der kirchliche Sprachgebrauch allmählich auch in die weltliche Amtssprache Eingang fand, und dass in Folge dessen die ihm zu Grunde liegende Anschauung in immer weitere Kreise sich verbreitete, bis sie zuletzt in dem allgemeinen Bewusstsein vollkommen festwurzelte. Dieses allmähliche Vordringen weiter zu verfolgen, bedürfte es eingehenderer Forschungen, als sie mir möglich gewesen sind. Die Behauptung selbst aber, dass die Ausdrücke miles Christi oder Dei u. dgl. schon frühzeitig auch in der weltlichen Amtssprache vorkommen, kann ich mit leichter Mühe beweisen. Als Beleg steht mir nämlich bereits eine Urkunde des Königs Dagobert vom J. 636 zu Gebote (bei Walter, Corp. iur. germ. II. p. 16 sq. und im Append. der Opp. Greg. Turon. ed. Ruinart col. 1354 sq.), worin es heisst:

> Et quoniam virum illustrem Desiderium, thesaurarium nostrum, cognovimus religionis observantiam ab ipso pueritiae suae tempore in omnibus custodire et sub habitu saeculari *Christi militem* gerere rel.

VII dormient. cap. 3: „Florus igitur tribunus — — regnante Constantio Constantinopolim venit cum filio suo Floro parvulo, quem Imperatori commendavit, qui eum secum retinuit et *militem* fecit. — — Sed vir sanctus magis elegit *Deo servire caelesti*, quam *sub imperatore terreno militare*" und weiterhin: „Quis non insigni laude praedicandum censeat, adolescentem — — iuribus patris *saeculari* implicitum *militiae* quasi solitarium vel monachum se exhibendo" rel. Ferner cap. 4: „Martinus — — renuntiavit carni et sanguini et, licet repugnante et indignante Caesare, abiurata *saeculari militia*" rel. Ausserdem beziehe ich mich auf c. 5 D. 51 (ex conc. Tolet. IV. a. 633), wonach zur Bischofswürde nicht sollen gelangen können unter andern diejenigen, „qui *saeculari militiae* dediti sunt".

2) Vgl. über alles dieses Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte II. S. 430 fg., III. S. 426—437.

Sodann berufe ich mich auf das schon früher (S. 484) angezogene Capit. Pipp. a. 755 c. 12 (Pertz Leg. t. I. p. 26). Weiter auf Karl's d. Gr. Encycl. de litt. colend. a. 787 (Pertz Leg. t. I. p. 52 sq.) in den Worten:

Optamus enim vos, sicut decet *ecclesiae milites*, et interius devotos et exterius doctos rel.

und auf das Capit. dupl. Aquisgr. a. 811 cap. 4 et cap. 3 (Pertz ibid. p. 166, 167).

Hier würden sich zwei weitere Stellen aus Verordnungen Karl's d. Gr. anreihen, wenn diese Verordnungen nicht unecht wären. Nämlich das Praec. de institut. Episcopatuum per Saxon. a. 789 (Walter, Corp. iur. germ. II. p. 101 sqq.) verb.:

Innotuit etiam idem venerabilis vir serenitati nostrae, eam quam diximus parochiam — — ad sustentacula sive stipendia Dei servorum inibi *militantium Deo* minime sufficere posse.

und das Capitul. Langob. cap. 2 bei Pertz Leg. t. I. p. 191 sq. verb. „militantes in palatio Christi".[3]

Immerhin können aber auch diese Stellen als Belege für den damaligen Sprachgebrauch dienen, der sodann im 9. Jahrhundert bereits völlig gang und gäbe und geläufig war. Ich nenne, um nur aus unzweifelhaft echten Quellen zu schöpfen, Hludow. Pii constit. Wormat. a. 829 c. 5 (Pertz Leg. t. I. p. 341) verb.:

decrevimus, ut unusquisque episcoporum in scolis habendis et ad utilitatem aecclesiae *militibus Christi* praeparandis et educandis abhinc maius studium adhiberet.

Ferner c. 6 C. XXIII. qu. 8 (ex conc. Meld. a. 845; cf. Capit. Karoli II. a. 846 c. 37): „non possunt *simul Deo et saeculo militare*" (vgl. oben §. 71 Anm. 7); dasselbe Capit. a. 846 c. 42 (Pertz Leg. t. I. p. 390 sq.) verb.: „qui ab infantia in eisdem locis sub religione *Domino militaverunt*"; c. 19 C. XXIII. qu. 8 a. 846, c. 5 D. 50 c. a. 867, c. 1 C. XXIII. qu. 8 c. a. 875 (§. 71 Anm. 7); Capit. Karoli II. a. 876 c. 8 (Pertz Leg. t. I. p. 531):

3) Wegen der Unechtheit vgl. Stobbe, Gesch. der deut. Rechtsquellen I. S. 193 Note 21 und Boretius, Die Capitularien im Langobardenreiche S. 188.

„Ut episcopi in civitatibus suis proximum ecclesiae suae claustrum instituant, in quo ipsi cum clero suo secundum canonicam regulam *Deo militent*".[4]

Und dass sich der Ausdruck miles Christi zur Bezeichnung des Geistlichen auch später noch erhielt, dafür kann zum Beweise einstweilen folgende Stelle aus der Mitte des 12. Jahrhunderts genügen. Nämlich der Ausspruch in II. Feud. 21, durch welchen noch dazu eine nicht unwichtige praktische Entscheidung begründet wird:

desiit esse *miles saeculi*, qui factus est *miles Christi*.[5]

---

4) Weitere Belegstellen aus dem 9. Jahrhundert sind: Benedicti Capitul. add. III. cap. 44 ex conc. Remens. a. 813 cap. 25 (Pertz Leg. t. II. p. II. p. 141 conf. p. 29): „Ut monachi et canonici pleniter consilium habeant, qualiter *Deo militare* animasque eorum melius valeant custodire". Epist. Hludow. Pii ad Sicharium archiepisc. Burdegal. a. 816 (Walter, Corp. iur. germ. II. p. 295 sqq.) verb.: „quis causa avaritiae eos, quos in *Christi militia* rationabiliter alere poterat, propulerit". — Andere damalige Bezeichnungen für die Geistlichen sind *ministri Dei*, *Christi*, *ecclesiae* (z. B. Bened. Capitul. lib. I. c. 1 ex epist. Zachariae P. a. 741—752, c. 40 [Pertz Leg. t. II. p. II. pag. 45, 48], Eugenii II. conc. Rom. a. 826 c. 4, 5, 6 [Pertz ibid. p. 13], Capit. Karoli II. a. 864 c. 1 [Pertz Leg. t. I. p. 488], Capit. Widonis a. 888 c. 4 [Pertz ibid. p. 555]), *famuli Dei* (z. B. Bened. Capit. lib. III. c. 215, add. III. c. 112 [Pertz Leg. t. II. p. II. p. 115, 145]), endlich und ganz besonders häufig *servi Dei* (z. B. Capitul. Karlomanni a. 742 c. 1, 2, 6, 7 [Pertz Leg. t. I. p. 16 sq.], Capit. Pippini a. 744 c. 1, 2, 10 [Pertz ibid. p. 20 sq.], Capit. Karoli M. a. 769 c. 1, 3 [Pertz ibid. p. 33], Capit. Karoli II. a. 864 c. 1 [Pertz ibid. p. 488] und unzählige andere Stellen). Alle diese Ausdrücke gehen schon auf die Kirchenväter zurück. So findet sich z. B. der Ausdruck ministri Dei in c. 4 und c. 7 C. XXI. qu. 3, Stellen aus einem Schreiben Cyprian's um 249. Servi Dei wird von ihnen häufig in einem ganz allgemeinen Sinne, vornehmlich jedoch in Beziehung auf die Mönche gebraucht. Vgl. z. B. Augustin. de opere monach. nr. 35, 36, wo die Zusammenstellung interessant ist: „O servi Dei, milites Christi!" Man kann übrigens auch hier wiederum bemerken, dass in der Sprache des frühern Mittelalters miles, minister, famulus und servus für ganz gleichbedeutende Ausdrücke galten, und dass also miles damals keinen andern Sinn hatte, als denjenigen des Dieners oder Beamten.

5) Doch ist in Ansehung des Sprachgebrauches zu bemerken, dass man seit der Zeit, da im Gefolge der Ausbildung des Lehnswesens und der damit zusammenhängenden Veränderungen im Heerwesen die Stifter und Klöster selbst reisige Vasallen gegen Verleihung von Beneficien in

Wie sich aber die Geistlichen als milites Dei, als Diener und Beamte Gottes, den milites saeculi, das heisst in dem ursprünglichen mittelalterlichen Verstande den Gefolgsleuten und Beamten des Königs, gegenüberstellten: so machten sie auch Anspruch auf eine nicht minder angesehene Stellung und ausgezeichnete Behandlung. Und jene Zeit war so weit entfernt, ihnen diesen Anspruch zu versagen, dass vielmehr in dem fränkischen Reiche die Geistlichkeit von jeher als der erste und oberste Stand erscheint. Zum Beweise genügt die Thatsache, dass in den Urkunden die Geistlichen immer zuerst, vor allen weltlichen Grossen genannt werden.[6]

Dienst genommen hatten, unter milites ecclesiae nicht mehr, wie vordem, die Geistlichen, sondern eben diese kirchlichen Kriegs- und Lehnsmannen verstand. In diesem Sinne findet sich der Ausdruck z. B. in dem Schreiben des Bischofes Artold von Rheims an die Ingelheimer Synode des Jahres 948 (Pertz Leg. t. II. p. 21), ferner in der bei Hüllmann, Geschichte der Stände 2. Ausg. S. 451 Anm. 7 erwähnten Urkunde aus dem Jahr 1088, endlich in cap. 6 X de foro comp. 2, 2 (Alexand. III. c. a. 1180). Den Namen „milites Christi" aber legten sich späterhin vorzugsweise die Tempelherren bei (Du Cange s. v. Milites Christi), daher man die Geistlichen jetzt lieber als milites coelestis militiae u. dgl. bezeichnete.

6) Ich will nur wenige Beispiele anführen: Guntchramni edict. a. 585 (Pertz Leg. t. I. p. 3): „Gunthramnus, rex Francorum, omnibus pontificibus ac universis sacerdotibus et cunctis iudicibus in regione nostra constitutis"; Dagoberti Praecept. a. 636 (Walter, Corp. iur. germ. II. p. 16): „Dagobertus, rex Francorum, episcopis et ducibus, cunctoque populo". Noch entschiedener unter den Karolingern: Capitul. Karlomanni a. 742 (Pertz Leg. t. I. p. 16): „Ego Carlmannus — — cum consilio servorum Dei et optimatum meorum"; Capitul. Pippini a. 744 (Pertz ibid. p. 20 sq.) c. 1: „nos — — una cum consensu episcoporum sive sacerdotum vel servorum Dei consilio, seu comitibus et obtimatibus Francorum"; vgl. auch c. 2, 3, besonders aber c. 10: „Si quis contra hanc decretam, quam 23 episcopi cum aliis sacerdotibus vel servis Dei, una cum consensu principem Pippino vel obtimatibus Francorum consilio constituerunt" (Hier wird also sogar der Majordomus Pippin erst hinter den Geistlichen genannt); Karoli M. Capit. a. 779 princ. (Pertz ibid. p. 36), a. 782 princ. (p. 42), a. 797 princ. (p. 75), Divis. Imp. a. 806 princ. (p. 140), Capit. a. 813 princ. (p. 187); Hludow. Pii Capit. a. 816 princ. (p. 195), Hlud. et Hloth. Capit. a. 828 (p. 329 v. 18) u. s. w. Ich will aus der spätern Zeit nur noch beifügen: Capit. Karoli II. a. 865 princ. et c. 18 (p. 501, 502). Vorzüglich unter Ludwig dem Frommen gelangte die Geistlichkeit zu

Auch eine Erhöhung des Wergeldes, wie sie den königlichen Dienern und Beamten zu gute kam, wurde den Geistlichen bewilligt. Und zwar geben sämmtliche Volksrechte dem Presbyter, dem regelmässigen Diener der Kirche, das nämliche dreifache Wergeld des gewöhnlichen Freien, wie dem Grafen und Antrustionen. Der Bischof hatte aber sogar noch ein höheres Wergeld, welches bei den Alemannen demjenigen des Herzoges gleich kam.[7]

Muss schon hienach einleuchten, wie sehr der mittelalterlichen Anschauung die Stellung der milites Christi und der milites saeculi als eine völlig analoge galt, so kommt hinzu ein weiterer Umstand, der seit dem Aufkommen des Lehnswesens die Aehnlichkeit zwischen diesen beiden Klassen von milites als noch viel grösser musste erscheinen lassen. Ich meine die Art der Vergütung, die damals für die Dienste der Geistlichen in Uebung gekommen war.

Anfangs bestand in der christlichen Gemeinschaft der Grundsatz, dass das Amt des Geistlichen ein unentgeltlich zu verwaltendes sei. Nur diejenigen Geistlichen, die sich nicht aus eigenem Vermögen erhalten konnten, sollten, um sich nicht aus Nahrungssorgen mit weltlichen Geschäften befassen zu müssen, die zum Unterhalte erforderlichen Reichnisse (stipendia) bekommen. Gleich den andern Ausgaben der Kirche wurden diese hauptsächlich bestritten aus den freiwilligen Liebesgaben der Gemeindeglieder, welche nach dem Ermessen des Bischofes verwendet wurden, und aus welchen an die Armen und die bedürftigen Geistlichen regelmässige Austheilungen stattfanden.[8]

---

grosser Macht. Vgl. Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte III. S. 197 ff., IV. S. 561 ff. Und wegen der Stellung überhaupt, welche die Geistlichkeit im 9. und 10. Jahrhundert einnahm, verweise ich auf Dümmler, Geschichte des ostfränk. Reiches II. S. 636, 638, 642.

7) Vgl. Waitz, Deutsche Verfassungsgesch. II. S. 269 fg., III. S. 346, 366 fg.

8) C. 6 C. XXI. qu. 3 (Cyprian. c. a. 249), Cypriani epist. XXXIX. in f. ed. Oxon. (Citat nach Böhmer; Walter, Kirchenrecht §. 245 Note 8 citiert Cypr. epist. XXXIV.), c. 23 C. XII. qu. 1 (ex conc. Antioch. a. 341), Can. Apost. 40, c. 6 C. I. qu. 2 (Hieronym. c. a. 382), c. 7, 8 ibid. (Iulian.

Später, als sich das Vermögen und damit die Einkünfte der bischöflichen Gemeinden beträchtlich vergrössert hatten, bildete sich über die Verwendung dieser Einkünfte eine feste Regel. Sie sollten nämlich in vier Theile zerlegt werden, und ein Viertheil dem Bischofe verbleiben, das zweite nach Ermessen des Bischofes unter die Kleriker vertheilt werden, das dritte den Armen zufallen und das vierte endlich zum Unterhalte des Gottesdienstes und der Kirchengebäude dienen.[9]

Für die Vertheilung unter die Geistlichen wird aber der Bischof nicht mehr auf das Maass der Bedürftigkeit der einzelnen, sondern überall nur noch auf das Maass ihrer Verdienste und ihres Amtseifers hingewiesen.[10] Hierin spricht sich bereits der Gedanke aus, dass der Geistliche, der Beamte Gottes und der Kirche, eben so gut, als der Beamte des Kaisers und des Staates, eine angemessene Belohnung für seine Dienste erwarten und ansprechen könne. Und dieser Grundsatz, welchem der erste Brief des Paulus an die Korinther Cap. 9, und zwar unter Hinweisung auf die Analogie der milites, eine Unterstützung gewährte,[11] wurde sodann auf dem concilium Agathense im Jahre 506 ausdrücklich anerkannt.[12]

Pomer. c. a. 496). Vgl. Just. Henn. Böhmer, Ius eccles. prot. lib. III. tit. V. §. 41 (ed. II. tom. II. p. 287 sqq.), Walter, Lehrb. des Kirchenrechts 13. Ausg. §. 245.

9) C. 28 C. XII. qu. 2 (Simplic. a. 475); c. 23, 25, 26, 27 eod. (Gelas. c. a. 494); c. 29 eod. (Gregor. I. a. 593); c. 30 eod. (Id. a. 604). Böhmer §. 44 (p. 291), Walter a. a. O.

10) C. 28 cit.: „ultima (sc. portio) inter se clericis *pro singulorum meritis* dividatur"; c. 25 cit.: „portionem quartam — — sua pontifex ordinatione distribuat, *prout cuiusque locum meritumque cognoscit*"; c. 26 cit.: „*pro officiorum suorum sedulitate*".

11) Vgl. can. Apost. 40 in f.: „Ordinavit enim lex Dei (nämlich eben diese Stelle des 1. Korintherbriefes), ut qui altari deserviunt, de altari nutriantur, quomodo nec milites unquam suis annonis arma hostibus inferant."

12) C. 10 C. I. qu. 2 (ex conc. Agath. cap. 36): „Clerici omnes, qui ecclesiae fideliter vigilanterque deserviunt, *stipendia sanctis laboribus debita secundum servitii sui meritum* per ordinationem canonum a sacerdotibus (darunter verstand man in der merovingischen Zeit vorzugsweise die Bischöfe) consequantur".

Schon im 5. Jahrhundert kam es vor, dass einzelnen Geistlichen statt ihres Antheils an den Einkünften geradezu der Genuss eines kirchlichen Grundstückes überlassen ward. Dieses wurde zwar um das Jahr 494 von dem Papste Gelasius I. untersagt, damit nicht durch schlechte Behandlung das Kirchengut leide;[13] allein die Macht der Umstände und wirthschaftlichen Verhältnisse war stärker, als jedes Verbot. Wenige Jahre später, im Jahre 502, sah sich daher der Papst Symmachus genöthigt, mindestens für Gallien die Vergabung kirchlicher Besitzungen zu zeitweiligem Genusse an verdienstvolle Geistliche oder an Klöster oder im Nothfall selbst an Fremde ausdrücklich zu erlauben.[14] Und auf dem concilium Agathense vom J. 506 wurde das Verhältniss, welches man mit dem Namen einer Precaria bezeichnete, bereits genauer bestimmt.[15] Der Genuss des Grundstückes erschien dabei als der Gehalt, das Stipendium, welches der Geistliche, dem das Grundstück überwiesen worden, für seine Dienste bezog.[16]

Ursprünglich von dem Willen und Ermessen der Bischöfe abhängig, waren dergleichen Verleihungen zuerst wohl nur eine seltenere Erscheinung. Weil aber das Verhältniss den damaligen wirthschaftlichen Zuständen entsprach, so gelangte es rasch zu weiter Verbreitung und wurde aus einer blossen Ausnahme sehr bald die Regel. Namentlich den Pfarrern, deren Sitz von dem bischöflichen oft weit entlegen war, wurden immer allgemeiner statt anderweiter Besoldung benachbarte Grundstücke zum Genusse zugetheilt. Und dieses um so mehr, als es nicht selten vorkam,

13) C. 23 C. XII. qu. 2. Dieses Verbot ist zugleich der beste Beweis für das Vorkommen des verbotenen Verhältnisses im 5. Jahrhundert.

14) C. 61 C. XVI. qu. 1 (Symmachus P. ad Caesarium fratrem. Roma in Galliam).

15) C. 32, 33, 35, 36 C. XII. qu. 2, c. 11 C. XVI. qu. 3, sämmtlich aus den Beschlüssen dieses Concils. Vgl. noch c. 12 C. XVI. qu. 3 (ex conc. Aurelian. I. a. 511), c. 72 C. XII. qu. 2 (ex conc. Tolet. VI. a. 638).

16) Diese Auffassung zeigt sich namentlich in dem c. 72 cit. verb.: „si quis clericorum *stipendium* de rebus ecclesiae cuiusquam episcopi percepit largitate, sub precariae nomine debeat professionem scribere" und weiterhin: „Quod si quis eorum contempserit facere, ipse se *stipendio suo* videbitur privare". Vgl. über das ganze auch Roth, Feudalität und Unterthanenverband S. 160 fg.

dass gewisse Zuwendungen gerade an bestimmte Pfarreien gemacht wurden. Solche Güter sollten zwar gleichfalls unter der Gewalt der Bischöfe stehen, allein es musste doch billig erscheinen, sie, dem Willen der Stifter gemäss, nur zu Gunsten der bestimmten Pfarreien zu verwenden.[17] Zuletzt, und bereits im 9. Jahrhundert, hatten sämmtliche Pfarrkirchen eine feste Ausstattung an Grundstücken, so dass mit einer jeden Pfarrei von selbst der Genuss bestimmter Grundstücke und Gefälle als Amtseinkommen verbunden war;[18] gerade so, wie damals auch viele weltliche Aemter mit Grundstücken ausgestattet waren.[19]

Und für diese weltlichen haben höchst wahrscheinlich die kirchlichen Einrichtungen zum Vorbilde gedient. Ueberhaupt wird man dem ganzen Charakter der damaligen Zustände gemäss nicht fehl gehen, wenn man die Beneficien, welche seit der Karolingerzeit an die Vasallen, die milites saeculi, für ihre weltlichen Dienste verliehen wurden, geschichtlich an die üblich gewordene Besoldungsart der Geistlichen, der milites Dei oder ecclesiae, anknüpft. Jedenfalls wurde beides sofort als ganz gleichartig mit einander in Verbindung gebracht, und auf die kirchlichen Besoldungsgüter eben so wohl als auf die weltlichen gleichmässig der Name beneficium angewendet.[20]

---

17) Vgl. Böhmer §. 51 (p. 295).

18) Böhmer §. 53 (p. 297), Walter §. 246.

19) Vgl. Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte IV. S. 140 ff., Roth, Geschichte des Beneficialwesens S. 430 fg.

20) Die Thatsache selbst steht fest und ist bekannt. Vgl. Walter, Kirchenrecht §. 246, Du Cange s. v. Beneficia ecclesiastica, Roth, Feudalität und Unterthanenverband S. 161. Man streitet nur darüber, ob der Ausdruck beneficium eher im kirchlichen, oder eher im weltlichen Sprachgebrauche aufgekommen sei. Für jenes z. B. Walter, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Ausg. I. §. 75 a. E., §. 80, für dieses u. a. Böhmer §. 52 (p. 296 sq.), dessen Gründe mir alle Beachtung zu verdienen scheinen. Für das wahrscheinlichste möchte ich es aber halten, dass der Ausdruck in beiderlei Anwendungen gleichzeitig entstanden. Vielleicht aus Veranlassung folgender, bei Du Cange s. v. Beneficium und bei Böhmer §. 50 (p. 294) mitgetheilter Stelle des Augustinus, welche in der Geschichte dieser Verhältnisse allem Anscheine nach eine grosse Rolle gespielt hat. Nämlich Serm. I. in vigil. Pentecost. verb.: „Notum est, quod milites saeculi *beneficia* temporalia a temporalibus dominis accepturi prius milita-

Man sieht, wie überaus ähnlich nunmehr das Verhältniss und die Stellung der weltlichen Vasallen und der Diener der Kirche geworden war. Jene waren ihrem weltlichen, diese ihrem himmlischen Herrn zu Dienst und Treue verpflichtet, und die einen wie die andern hatten dafür einen Gehalt, ein beneficium, bestehend in dem Genusse und den Einkünften gewisser Grundstücke. Man rechne hinzu die damals schon völlig gangbar gewordene gleichmässige Bezeichnung der Vasallen und der Geistlichen als milites, und die unter Ludwig dem Frommen von der Geistlichkeit wieder mit voller Schärfe zur Geltung gebrachte Auffassung der geistlichen oder priesterlichen und der weltlichen, kaiserlichen oder königlichen Gewalt als zweier selbständig neben einander stehender Gewalten:[21] und es müsste verwunderlich

ribus sacramentis obligantur et dominis suis fidem se servaturos profitentur." Passt dieses nicht auf das mittelalterliche Lehnsverhältniss so auffallend, als wäre es im Hinblicke darauf geschrieben? Und wirklich hat man es, wie z. B. auch die genannten Schriftsteller thun, lange Zeit hindurch geradezu von einem ähnlichen Verhältnisse verstanden. Muss aber ein solches Missverständniss im Mittelalter nicht noch ungleich natürlicher erscheinen? Roth, Feudalität und Unterthanenverband S. 147 fg. hält die L. 14 §. 5 C. de sacr. eccl. 1, 2 für den geschichtlichen Anknüpfungspunkt dieser Verhältnisse. Vermuthlich haben beide Stellen und auch wohl noch andere, ähnliche einen zusammenwirkenden Einfluss geübt. — Eine weitere Frage ist, ob die Ländereien, mit welchen die weltlichen Aemter, namentlich die Grafschaften ausgestattet waren, ebenfalls Beneficien geheissen, oder ob man sie von den Beneficien als etwas anderes unterschieden. Letzteres wird von Roth, Geschichte des Beneficialwesens S. 431 und von Waitz, Deutsche Verfassungsgeschichte IV. S. 141 behauptet. Allein die von ihnen angeführten Stellen haben mich von der Nothwendigkeit dieser Annahme nicht zu überzeugen vermocht, und Waitz führt eigentlich selbst schon einen Gegenbeweis, indem er ausdrücklich erklärt und diese Erklärung mit Stellen belegt, dass, wenn auch von dem, was der Graf zum Amt empfangen, die Rede sei als verschieden von dem, was ihm als Beneficium gegeben sei, es dennoch „diesem sonst im wesentlichen gleichstehe, in derselben Weise behandelt und deshalb auch mitunter so benannt werde". Und da man die festen Dotierungen der geistlichen Stellen als Beneficien bezeichnete und betrachtete, so spricht doch gewiss von vornherein alle Wahrscheinlichkeit dafür, dass die entsprechenden festen Dotierungen der weltlichen gleichfalls als Beneficien betrachtet und bezeichnet worden seien.

21) Vgl. das Rescriptum consultationis sive exortationis, welches die Bischöfe dem Kaiser auf dem Reichstage zu Worms 829 überreichten,

dünken, wenn nicht der Geist jener Zeiten zwischen beiderlei Arten der milites eine vollkommene Analogie, einen durchgehenden Parallelismus gefunden hätte. Es ist aber leicht zu erkennen, dass in der damaligen Vorstellung wirklich ein solcher Parallelismus bestand. Besitzen wir doch aus der Mitte des 9. Jahrhunderts den Versuch einer bis in die kleinsten Einzelheiten durchgeführten Vergleichung aller kirchlichen und weltlichen Gewalten und Beamten.[22] Und ferner begegnen wir in demselben Jahrhundert jenen häufigen Entgegensetzungen der milites Christi und der milites saeculi (§. 71 Anm. 7), welche eben so sehr auf eine Parallelisierung, als auf eine strenge Scheidung hinweisen. Endlich und hauptsächlich zeigt das altsächsische christliche Epos Hêliand aus dem gleichen Zeitalter ganz unmittelbar, dass jene Zeit die Ideeen des mittelalterlichen Feudalstaates auch auf die Kirche und das Christenthum übertrug. Denn Christus wird in diesem Gedichte überall dargestellt als ein reicher, mächtiger König, die Apostel und Jünger als seine Gefolgsleute und Vasallen.[23] Ich hoffe, es wird keiner weitern Beweise bedürfen zur Erhärtung des Satzes, dass das 9. Jahr-

---

bei Pertz Leg. t. I. p. 332 sqq. Es heisst darin (p. 333 cap. 3) in wörtlicher Uebereinstimmung mit dem conc. Paris. IV. a. 829 lib. I. c. 3 (Walter, Kirchenrecht §. 44 a. Note 8): „Principaliter itaque totius sanctae Dei ecclesiae corpus in duas eximias personas, in sacerdotalem videlicet et regalem, sicut a sanctis patribus traditum accepimus, divisum esse novimus. — — Cum haec quippe ita se habeant, *primum* (!) de sacerdotali, post de regali persona dicendum statuimus". S. auch ibid. p. 349 c. 6 et 8. Ferner Conc. Aquisgran. a. 836 praef. (Waitz, Deutsche Verfassungsgesch. III. S. 198 Note 1). Vgl. noch Waitz III. S. 197 fg., IV. S. 563 ff. Dass sich diese Auffassung von da an durch das ganze Mittelalter erhielt und in der Lehre von den zwei Schwertern, die Gott zum Schirme der Christenheit auf Erden liess, zu ihrer vollen Ausbildung gelangte, ist so bekannt, dass ich mir die Hersetzung jedes Beleges ersparen darf.

22) Walafrid. Strabo de exordiis rerum eccles. c. 31, als form. Alsat. 3 bei Walter, Corp. iur. germ. III. p. 526 sqq. Vgl. Waitz III. S. 367 fg. Dass die Vergleichung vielfach verfehlt und die Darstellung nichts weniger als überall zuverlässig ist, kommt hier natürlich in keinen Betracht. Denn für den Satz, um den es sich hier handelt, ist schon der blosse Versuch einer solchen Vergleichung genugsam beweisend.

23) Vgl. Vilmar, Deutsche Alterthümer im Hêliand 2. Ausg. (1862) S. 72 ff.

hundert den Ausdruck miles Christi ganz wörtlich nahm, und dem damaligen Verstande des Wortes miles gemäss die Geistlichen geradezu als Vasallen Gottes oder Christi betrachtete.

In der spätern Zeit, als miles in seinem weltlichen Sinn ein persönlicher Ehrentitel, der Ausdruck für die Ritterwürde geworden war, stellte sich in dem Bewusstsein der Zeitgenossen der Stand des miles Dei, des Priesters, und des miles saeculi, des Ritters, noch viel entschiedener und ausgesprochener als etwas völlig analoges dar. Und ganz begreiflich. Beide Stände waren nach der damaligen Anschauung Berufsstände, denen, jedem an seinem Theil, die höchsten Aufgaben der Menschen zufielen, Aufgaben, die allenthalben in einander griffen und die daher nur durch stetes wechselseitiges Zusammenwirken vollkommen zu lösen waren. Die Erhabenheit der Aufgabe, ihre Wichtigkeit für die menschliche Gesellschaft brachte naturgemäss eine entsprechende Erhabenheit der äussern Stellung, eine höhere Ehre und Geltung mit sich; die mit ihr verknüpften besondern Pflichten erheischten ein billiges Gegengewicht in einem besondern Maasse von Rechten. Und weil die Aufgabe der beiden Stände im wesentlichen eine gleiche war, so musste auch ihre äussere Stellung im wesentlichen eine gleiche sein. Zu dieser ausgezeichneten Stellung hob aber hier wie dort nicht schon die blosse Geburt hinauf, sondern ein jeder musste und konnte sie durch Verdienst und Tüchtigkeit persönlich erringen. Erst die feierliche Bekleidung mit der Würde durch die Priesterweihe oder den entsprechenden Act des Ritterschlages machte der Würde selbst und der mit ihr verbundenen Ehren und Vorrechte theilhaft.

Unter der Herrschaft dieser Zeitgedanken wurden die geistliche und die Ritterwürde sehr häufig, und besonders oft von Dichtern der damaligen Zeit mit einander verglichen. Und wie weit man die Parallelisierung trieb, mögen folgende Stellen aus dem lehrreichen Buche von Büsching, Ritterzeit und Ritterwesen II. S. 263 ff., beweisen:

> Beide Stände (Geistliche und Ritter) wurden als die höchsten und vornehmsten betrachtet, ja man verglich beide mit einander und fand in ihnen grosse Uebereinstimmung. — — Die Aehnlichkeit zeigte sich: in der Aehnlichkeit der Namen und

Titel, in der Kleidung, in ihren Vorrechten und in ihren Pflichten oder Verbindlichkeiten. Dichter und Geschichtschreiber haben diese Aehnlichkeit durch Vergleiche hervorzuheben gesucht, um einer jeden der beiden Würden dadurch einen höhern Glanz zu geben. So nennt z. B. der Verfasser des Werkes: l'ordre de chevalerie den, der die Ritterwürde ertheilt hatte, einen irdischen oder weltlichen Ritter, und den Priester, zu welchem sich der Neuzuweihende begeben hatte, um jene von ihm zu empfangen, einen geistlichen oder überirdischen Ritter. In Hinsicht der Kleidung sagten sie: eben so, wie jeder Schmuck des Priesters, womit er, wenn er die Messe hält, bekleidet ist, eine auf seine Verrichtung sich beziehende Bedeutung hat, so sind auch für das Amt eines Ritters, das grosse Aehnlichkeit mit dem Amte eines Priesters hat, gewisse Waffen und Kleidungsstücke bestimmt, die auf den Vorzug seines Standes und seiner Würde ihren Bezug haben. — Die mit der geistlichen Kleidung verbundenen Vorrechte waren auf gleiche Weise mit der Kleidung der Ritter verknüpft. — — Einzelne Dichter haben sogar, damit in der Vergleichung des Ritterstandes mit dem geistlichen Stande nichts fehlen möge, auch die Verbindlichkeit zum ehelosen Stande auf die Ritter erstrecken wollen, und da die Kirche ihren Dienern die Ehe verbietet, so wollten sie solche auch denen vom Ritterstande versagen: ein Verlangen, worein indessen die Ritter zu willigen, niemals sich bereit zeigten. Indessen liegt doch in diesen dichterischen Wünschen und Vergleichungen alles das, was die Vereinigung der Geistlichen und Ritter in einigen geistlichen Ritterorden bewirken konnte und jene merkwürdigen Ritterorden der Johanniter, deutschen Ritter und Tempelherren begründete.

Es ist nöthig, alle diese Verhältnisse zu kennen, um die Lehren der Glossatoren und Commentatoren von dem castrense und quasi castrense peculium richtig zu verstehen. Ehe wir aber an diese Lehren herantreten, ist es billig, vorerst noch dem Schicksal unseres Institutes im frühern Mittelalter eine kleine Beachtung zu widmen.

§. 73.

Wir haben schon früher (S. 478, 480) gesehen, dass das castrense peculium (welchen Ausdruck ich hier und im Verlaufe des Paragraphen in dem weitern, das quasi castrense peculium mit umfassenden Sinne gebrauche) zwar nicht in dem Reiche und den Rechtsquellen der Burgunden, wohl aber in denjenigen der Westgothen Aufnahme fand. Und zwar tritt es uns in der westgothischen Lex Romana entgegen in der nämlichen Gestalt, die es am Ende des 5. Jahrhunderts in dem weströmischen Reiche angenommen.

Auch in dem westgothischen Rechtsbuche steht es nämlich in engster Verknüpfung mit dem damaligen Begriffe des militans. Alle militantes, selbst wenn sie sich noch unter väterlicher Gewalt befinden, erwerben als eigenes Vermögen zu freier Verfügung unter Lebenden und auf den Todesfall alles, was ihnen in Folge oder aus Veranlassung ihres Amtes zukommt.[1] Zu den militantes gehören aber nicht bloss die militantes in armis, sondern auch diejenigen, welche eine richterliche, das heisst obrigkeitliche Gewalt erlangt haben. Ferner werden zu ihnen gerechnet die rechtskundigen Gerichtsbeisitzer und die Advocaten.[2] Die Geistlichen dagegen erscheinen in dem Breviarium nicht als Theilhaber an dem castrense peculium. Weniger, wie ich glaube, weil die damalige weltliche Amtssprache den Begriff und Namen der milites noch nicht auf sie anwandte (S. 507), als vielmehr, weil die Verordnung des byzantinischen Kaisers Leo, die ihnen zuerst ein quasi castrense peculium gewährte, im Abendlande wahrscheinlich gar nicht verkündigt worden war.

Die Geltung des Breviariums dauerte auch unter der fränkischen Herrschaft fort. Und sie verbreitete sich sogar allmählich

---

1) Diesen Grundsatz spricht geradezu aus die explanatio tituli Th. C. I, 11 de assessoribus (Haenel, Lex Rom. Visigoth. p. 5). Vgl. S. 479.

2) Alles, was ich hier in Kürze über die Theorie des castrense peculium nach dem westgothisch-römischen Rechte gesagt habe, wird bewiesen durch folgende Stellen des Breviariums: L. 1 Th. C. de assess. 1, 11, L. 3 Th. C. de postul. 2, 10, Gaii Inst. tit. IX. (lib. II. tit. I.) §. 7, Pauli Sent. II, 4 sent. 3, V, 10 sent. 4, und durch die Interpretationen zu diesen Stellen. Ein Eingehen auf Einzelheiten wird man mir wohl gerne erlassen.

über das ganze fränkische Reich.[3] Damit drang denn auch das castrense peculium in das gesammte Gebiet des fränkischen Reiches ein. Seine Theorie veränderte sich nur insofern, als man den Haussöhnen, was sie im Kriegsdienst erworben, stets als castrense peculium scheint zugesprochen zu haben, auch wenn sie keine Antrustionen oder Vasallen, kurz nach den Verhältnissen des fränkischen Reiches keine milites waren, sondern nur der allgemeinen Pflicht zur Heeresfolge Genüge geleistet hatten.[4]

Der weitere Verlauf der Geschichte des Institutes in dem fränkischen Reiche lässt sich leider wegen des Mangels an Quellen nicht verfolgen. Wir sehen nur aus den Exceptiones legum Romanorum des Petrus, dass schon um die Mitte des 11. Jahrhunderts in Südfrankreich der Versuch gemacht wurde, in dieser wie in andern Lehren das Justinianische Recht zur Geltung zu bringen.[5]

---

3) Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter 2. Ausg. II. S. 164; Haenel, Lex Rom. Visigoth. p. XCVIII; Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I. S. 69.

4) Vgl. S. 492 ff. — Der Satz des Textes dürfte bewiesen werden durch die verschiedenen seit dem 7. Jahrhundert gemachten Auszüge aus dem Breviarium. Vgl. Epit. Aegid. C. Th. I, 11, 1 (Haenel p. 28), Paul. Sent. III, 4, 2 (Haenel p. 380); Epit. Monachi C. Th. I, 11, 1 (Haenel p. 29); Scintill. s. epit. suppl. lat. 215 C. Th. I, 11, 1 (Haenel p. 29). Endlich lex Rom. Utinens. s. epit. S. Galli I (Teud. leg. I), 11, 1 (Haenel p. 29); besonders aber II. (Teud. leg. II), 10, 2 (Haenel p. 47): „Si cuiuscunque filius antequam mancipatus sit, in suam causam eum aliquis advocatum mittere voluerit, et exinde aliquid adquirere potuerint, ipsum modo suis iuribus vindicent, qualiter et hoc vendicare potest, *quod in armis, hoc est in oste*, adquirere potuerit; nam alia causa quod adquisierit aut habuerit, omnia in potestate patris permanebit". Und ferner XXV (Paul. Sent. III), 1, IIII (Haenel p. 381): „Filios inmancipatus de illam rem, *quod in oste adquiritur*, cui voluerit, exinde carta facere potest". Eine Bestätigung darf wohl auch erblickt werden in einer bei Eguin. Baro, Comment. in Inst. (Pictavis 1555 4°) Ad tit. per quas personas rel. commentarii partic. post. mitgetheilten Stelle aus der Coutume der Bretagne (tit. 21 art. 45), worin es heisst: „Tout ce que les enfans non emancipés acquierent par marchandise ou par aultre uoye, est au pere, ou cas que le pere le ueille auoir et le declaire en son uiuant, sinon que les dicts biens leurs ueinsissent par raison de mariage — — — ou quils les eussent conquis *par seruice ou prouesse de leurs corps*".

5) Dass wir das Buch wirklich als den Versuch einer Neuerung nach dieser Richtung hin zu betrachten haben, lehrt der Prolog (Savigny,

Petrus giebt nämlich in Lib. I. c. 20 die Zusammensetzung des castrense und quasi castrense peculium ganz und gar in Gemässheit des Justinianischen Rechtes und der damaligen Art seiner Auslegung, insbesondere in Uebereinstimmung mit der Darstellung des nachweisbar von ihm benutzten[6] Brachylogus II, 17 §. 2 (S. 526), folgendermaassen an:

Quodcunque filius aut filia, qui vel quae in potestate patris est, acquirit, si castrense peculium est, veluti quod miles ex

Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter 2. Ausg. II. S. 321): „Si quid inutile, ruptum, aequitative contrarium in legibus reperitur, nostris pedibus subcalcamus. Quidquid *noviter inventum* ac tenaciter servatum — — sensibus integris revelamus" rel. Beachtung verdient auch folgende Aeusserung über das Verhältniss der Iustitia und der Consuetudo in lib. IV c. 9 (ebendas. S. 407 fg.): „Cum de iustitia et de consuetudine contenditur inter idiotas legisque peritos, consuetudo iuris nescia, errore nata, recedat. Iustitia vero in omnibus iudiciis vigorem habeat, quia consuetudo multotiens veritati repugnat, iustitia autem semper veritati concordat. Legitur enim in Digestis: quod errore primum inductum est, deinde consuetudine obtentum, non est producendum ad consequentias; et alibi: Recte iudicate filii hominum! non dixit: Secundum consuetudinem iudicate! Et iterum ipse Dominus dixit: Ego sum via et veritas et iustitia; non dixit: Ego sum consuetudo. Quidquid veritati iustitiaeque repugnat, non est consuetudo, sed dissuetudo." Diese merkwürdige, auffallend mit einer alten Glosse zu dem Brachylogus I, 2 §. 12 (ed. Böcking p. 202 ad 6, 2) und mit ähnlichen Aeusserungen der Glossatoren übereinstimmende Erklärung wirft ein helles Licht auf die Art, wie man damals das römische Recht im Verhältnisse zu den Landesrechten ansah. Nur aus solchen Ansichten wird der rasche und entschiedene Erfolg des römischen Rechtes verständlich. — So, wie im Texte angenommen, sind Heimath und Alter des Werkes von Savigny a. a. O. S. 141 ff. bestimmt worden. Hiegegen hat zwar Merkel bei Savigny VII. S. 52 ff. im Anschlusse an Giovanni Galvani auszuführen gesucht, dass die Schrift um mindestens ein volles Jahrhundert für jünger gehalten werden müsse, und diese Ansicht hat manchen Beifall gefunden. Vgl. Th. Mommsen in dem Jahrbuche des gem.-deutschen Rechts von Bekker, Muther und Stobbe V. S. 443, Rudorff in der Zeitschr. für Rechtsgeschichte VI. S. 428. Allein die dafür geltend gemachten Gründe scheinen mir keineswegs überzeugend, und Savigny's gewichtigster Grund ist von Galvani und Merkel nicht einmal berührt, geschweige denn widerlegt worden. Vgl. Stintzing, Gesch. der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland (1867) S. 74 ff. und in der Zeitschrift für Rechtsgesch. VIII. S. 247 fg.

6) Ich habe dieses nachgewiesen in meiner Schrift über die Turiner Institutionenglosse und den Brachylogus S. 55 fg.

sua militia acquirit, quod romanis verbis soldatas appellamus, vel si est quasi castrense, sicut quod advocatus ex officio suo acquirit, vel clerici ex suis ecclesiis, vel grammatici ex suis scholis regendis: haec duo peculia, scilicet castrense et quasi castrense; ita sunt liberorum, quod in his nec usumfructum nec dominium pater habet.[7]

Ganz ähnlich ist die Darstellung in der Exposicio terminorum usitaciorum iuris utriusque, welche sich verbunden mit dem Tractatus actionum als Anhang in der alten Ausgabe des Petrus: Argentorati 1500 4° findet, und welche mit letzterm der gleichen Zeit und Heimath anzugehören scheint.[8] Es heisst nämlich darin auf Bl. 34:

Castrense peculium est in soliditate militis. Quasi castrense i. quod clericus acquirit ex ecclesia vel grammaticus ex scolis.

Der Umstand, dass wir diese Darstellung in zwei verschiedenen Schriften aus der nämlichen Zeit und Gegend antreffen, berechtigt uns zu der Vermuthung, dass in Südfrankreich das Justinianisch-römische Recht über das in der westgothischen Lex Romana enthaltene sehr bald zu dem vollständigsten Siege gelangt sei.

Nahe verwandt war das Schicksal des Institutes in der Lombardei. Auch in das langobardische Recht hatte, wie sich schon früher gezeigt (S. 493 fg.), das castrense peculium Eingang gefunden. Und zwar gleichfalls als ein mit dem Begriffe des miles, das heisst des königlichen Dieners, enge verbundenes Rechtsinstitut. Fest auf dieser Grundanschauung fussend, musste man denn aber nothwendig zu der Entscheidung kommen, dass nur der in einem besondern Dienstverhältnisse (in obsequio) zu dem König oder einem iudex, das heisst einem der hohen, den Grafen des fränkischen Reiches entsprechenden Beamten,[9] gemachte Erwerb, keineswegs aber ein jeder bei dem Heer und in der

---

7) Andere Stellen, in welchen Petrus des Institutes erwähnt, sind lib. I. c. 22, lib. III. c. 25, 26.

8) Vgl. Stintzing a. a. O. S. 99 fg., dem ich auch die Stelle selbst entlehne.

9) Bethmann-Hollweg, Der germanisch-romanische Civilprocess I. S. 341 ff.

Leistung der allgemeinen Kriegspflicht gemachter, als castrense peculium zu betrachten sei. Und weil der negative Theil dieses Satzes von vielen Aussprüchen der römischen Quellen konnte abzuweichen scheinen, so war es zweckmässig, ihn ausdrücklich zu betonen. So erklärt sich die S. 494 angegebene Fassung des edictum Rotharis c. 167.

Es ist allerdings bestritten, ob diese Stelle aus dem römischen Rechte geschöpft habe, oder ob sie nicht vielmehr rein deutschen Ursprunges sei. (Vgl. §. 70 Anm. 3.) Allein möchte dieses immer sein. Jedenfalls wurde sie dann doch schon frühzeitig von den Langobarden selbst mit dem römischen Rechte in Verbindung gebracht, und der darin erwähnte Erwerb in dem besondern Dienste des Königs oder als Gehülfe des iudex[10] geradezu als ein castrense peculium angesehen und bezeichnet. Der Beweis liegt in der bereits in der Anmerkung 3 zu §. 70 (S. 494) mitgetheilten alten Glosse zu der Stelle in dem Liber Papiensis.[11] Unter allen Umständen muss also der Stelle in der Geschichte des castrense peculium Erwähnung geschehen.

In dem Liber Papiensis Roth. 167 (Pertz Leg. t. IV. p. 326 sq.) und in der Lombarda (L. 11 de successionibus II, 14) findet sie sich wesentlich unverändert wieder. Und es erhellt also, dass das castrense peculium in der Gestalt, welche es durch sie erhalten, in dem Langobardenrechte fortbestand, bis dieses, ähnlich wie in Frankreich das westgothisch-römische, durch das Justinianische Recht verdrängt wurde.

§. 74.

Diese Siegeszüge des römischen Rechtes nahmen ihren Ausgang von dem nämlichen Orte, der von jeher der Ausgangspunkt der römischen Siege gewesen; nämlich von keinem andern Orte als Rom selbst.

---

10 Sowohl der Liber Papiensis, als die Lombarda haben „in obsequio regis aut *cum iudice*“ statt „aut iudicis“ des ed. Rotharis. Ist in dieser Aenderung der Lesart nicht ein Einfluss der von dem quasi castrense peculium der assessores handelnden Stellen des römischen Rechtes zu erblicken?

11) Diese Glossen stammen aus dem Anfange des 11. Jahrhunderts. S. Boretius in der praef. ad. lib. Papiens. §. 59 (Pertz Leg. t. IV. p. LXXXIV).

Seit Justinian in der Mitte des 6. Jahrhunderts seine Gesetzgebung in dem wiedereroberten Italien eingeführt, war sie in dem römischen Gebiete, das heisst in demjenigen Theil Italiens, welcher nicht unter langobardische Herrschaft, sondern nach der Verdrängung der Byzantiner um die Mitte des 8. Jahrhunderts durch die Schenkung der fränkischen Könige unter die Hohheit des Papstes gelangte, stets in ungestörter Geltung und Uebung geblieben.[1] Und in Rom bestand sogar eine gediegene Rechtsschule, welche die lebendige Kenntniss des Justinianischen Rechtes von Geschlecht zu Geschlecht überlieferte, zugleich aber diesem Rechte durch Erfindung vieler neuer, grossentheils noch jetzt gebräuchlicher Kunstausdrücke und durch Einkleidung seiner Sätze in eine einerseits möglichst kurze, andererseits aber doch möglichst scharfe, genaue und klare Form einen hohen Grad von Ausbildung verschaffte.[2]

Von den Arbeiten dieser Schule, welche jedenfalls noch am Anfange des 11. Jahrhunderts vorhanden war und wahrscheinlich erst um die Mitte dieses Jahrhunderts den damals Rom verheerenden Kriegsstürmen erlag,[3] besitzen wir eine der ältesten und eine der jüngsten. Jene in der sog. Turiner Institutionenglosse, verfasst um die Mitte des 6. Jahrhunderts und wahrscheinlich zwischen 543 und 546, diese in dem sog. Brachylogus, der unter Otto III. muthmaasslich gerade in dem Jahre 1000 entstanden

---

1) Vgl. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter I. §. 45 (2. Ausg. S. 158 ff.), II. §. 72, 73 (S. 205 ff.).

2) Ich habe dieses nachzuweisen gesucht in meiner Schrift über die Turiner Institutionenglosse und den Brachylogus. Man vergleiche besonders S. 84 ff. dieser Schrift.

3) Odofredus sagt in der bei Savigny, Geschichte des röm. R. 2. Ausg. III. S. 428 abgedruckten Stelle: „studium fuit primum Romae, postea *propter bella, quae fuerunt in Marchia, destructum est studium*". Man denkt dabei unwillkürlich an die Kämpfe um und in Rom während der Jahre 1062—1064. S. Giesebrecht, Geschichte der deutschen Kaiserzeit III. S. 71 ff., 98 ff. Die „Mark" kann nämlich hier gewiss nur von der Mark Tuscien und nicht von der, später allerdings vorzugsweise so genannten, Mark Ancona verstanden werden. Denn welchen Einfluss hätten Kriege in der letztern, weit entlegenen auf die Lehranstalt in Rom haben können?

ist.[4] Beide geben den Inhalt des castrense und quasi castrense peculium entsprechend dem Justinianischen Rechte an; nur dass der Verfasser der Turiner Glosse die durch die Nov. 123 c. 19 bewirkte Erweiterung des quasi castrense peculium der Geistlichen auf die cantores und lectores noch nicht kannte: eines der wichtigsten Momente für die Bestimmung der Zeit dieser Schrift. Die Glosse nr. 166 zu §. 6 I. de milit. test. 2, 11 verb. „quasi castrensia" sagt nämlich über das castrense (eigentlich das quasi castrense peculium) folgendes:

> Castrensia peculia sunt, quae ex largitate imperatoris dantur, vel salaria, quae accipiunt medici vel memoriales,[5] quae clerici exceptis lectoribus, advocati[6] vel alii scholastici ex advocatione, vel adsessores.[7]

Nahe verwandt ist die Darstellung in dem Brachylogus II, 17 §. 2, wo es heisst:

> milites tantum filiifamilias et advocati, clerici et qui publica administratione funguntur, et generaliter qui castrense vel quasi castrense peculium meruerunt, quicquid ex suis professionibus quaerunt, sibi quaerunt, in his etiam donandi, testandi aut quo modo voluerint alienandi libera facultate concessa.

Doch ist es eine bemerkenswerthe Abweichung dieser Darstellung von derjenigen der Turiner Glosse und von dem Justinianischen Rechte, dass erstens die kaiserlichen Geschenke nicht mehr als quasi castrense peculium genannt werden, und dass zweitens auch den Geistlichen als quasi castrense peculium nur zugeschrieben wird, was sie in Folge ihres Amtes erwerben. Beides um so bemerkenswerther, als wir das eine wie das andere in den Schriften der Glossatoren und Commentatoren wiederfinden

4) Der Beweis dieser Sätze ist die Hauptaufgabe meiner in der Anmerkung 2 genannten Schrift.

5) Die Handschrift hat „memorialia"; man vergleiche aber L. 37 pr. in f. C. de inoff. test. 3, 28.

6) In der Handschrift steht „advocatis".

7) Ich möchte fast lieber „adsessura" lesen. Der Text der Stelle, wie er uns vorliegt, ist jedenfalls sehr verderbt. Indessen erkennt man, dass ihr Inhalt mit dem Justinianischen Rechte genau übereinstimmt. Weitere das castrense peculium berührende Stellen der Glosse sind nr. 132, 170, 390, 474.



werden. In dieser Beobachtung liegt einer der Beweise, dass zwischen den Rechtsschulen zu Rom und zu Bologna eine innere Verbindung bestand, und dass die letzte auf den Leistungen der ersten fusste und in ihrer Art weiter baute.[8] Zum Ueberflusse zeugen für eine solche innere Verbindung auch noch die ausdrücklichen Angaben des Odofredus, welcher an mehrern Stellen seiner Vorlesungen erzählt, von Rom sei nach ihrer dortigen Zerstörung die Schule (das Studium) nach Ravenna, von hier aber zuletzt nach Bologna gekommen.[9]

Der Schule zu Ravenna gehört vielleicht an die sog. Epitome „Exactis a civitate Romana regibus“,[10] welche das castrense und quasi castrense peculium folgendermaassen beschreibt:

> Castrense dicitur, quod miles acquirit, dum militat in castris, unde etiam quasi castrense dicitur, quod rhetor, grammaticus, advocatus in exercitiis suis lucrantur.[11]

Auch hierin erkennt man leicht die Verwandtschaft einerseits mit der Darstellung des Brachylogus, andererseits mit derjenigen der Glossatoren und Commentatoren. Nicht minder aber auch mit derjenigen des Petrus und der Exposicio terminorum. (S. 522 fg.)

Es erhellt also, dass zwischen allen diesen Erzeugnissen der juristischen Literatur des Mittelalters Fäden der Verbindung bestehen, und wir gehen schwerlich irre, wenn wir als den gemeinsamen Mittelpunkt, von welchem diese Fäden auslaufen, die Rechtsschule zu Rom betrachten.

Hatte aber die Schule zu Rom den allseitigen Sieg des Justinianisch-römischen Rechtes angebahnt und vorbereitet, so war es doch erst der Schule zu Bologna beschieden, ihn voll-

8) Andere Beweise ähnlicher Art sind angegeben in meiner in der Anmerkung 2 angeführten Schrift S. 74 ff., 80 Anm. 40.

9) Die Stellen finden sich bei Savigny, Gesch. des röm. R. im M. A. 2. Ausg. III. S. 427 ff.

10) Vgl. Böcking, Pandekten des röm. Privatrechts I. §. 24 (S. 98 fg.).

11) Edit. Paris. 1599 fol. 34 a. Ich nehme die Stelle aus Stintzing, Gesch. der populären Literatur des röm.-kanon. Rechts in Deutschland S. 100 Note ***.

ständig zu erringen. Namentlich in Deutschland kam das römische Recht zur Geltung nur in derjenigen Gestalt, in welcher es von der Schule zu Bologna gelehrt wurde. Und dieses gilt nicht bloss von dem römischen Rechte im ganzen, sondern auch von einem jeden einzelnen seiner Institute. Mindestens und jedenfalls gilt es von dem castrense peculium.

Darum entsteht nunmehr die Aufgabe, die Lehre der Glossatoren und Commentatoren von diesem Institute darzulegen. Zu dem Ende muss ich aber wiederum weiter ausholen und vor allen Dingen einen Blick werfen auf die Art, wie diese mittelalterlichen Juristen überhaupt das römische Recht behandelten. Denn nur daraus wird ihre Art der Behandlung unseres Institutes verständlich.

§. 75.

Die Menschen sind von vornherein immer geneigt, die Verhältnisse und Anschauungen, in denen sie selber leben, auch auf andere Orte, Völker und Zeiten zu übertragen. Die Freiheit des Geistes, welche auch anderes, als das eigene und gewohnte, für möglich hält oder gar sich mit Leichtigkeit und Liebe in fremdartige Verhältnisse zu versetzen weiss, wird von ihnen erst mühsam und allmählich durch vertraute Beschäftigung mit dem fremden und die Uebung seiner Vergleichung mit dem eigenen errungen.

Wenn wir noch gegenwärtig und alltäglich diese Erfahrungen an uns selbst zu machen in der Lage sind trotz der ausserordentlichen Erweiterung, welche der erleichterte Verkehr, die Gewohnheit des Reisens und vor allem die geschichtlichen Forschungen mehrerer Jahrhunderte unserm Gesichtskreise gegeben: so darf es uns nicht befremden, das Mittelalter noch völlig auf einem Standpunkte anzutreffen, der in der naivsten Weise die verschiedenartigsten Dinge und Zeiten vermengte und mit der grössten Unbefangenheit bis in die graueste Vergangenheit hinein überall nur die Menschen, Ideeen und Zustände der Gegenwart wiederfand. Dennoch ist gerade dieser Charakterzug des Mittelalters für unser Auge einer der auffälligsten, und ein jeder hat ihn beobachtet, der sich nur irgendwie, wenn auch

noch so oberflächlich, mit dem Mittelalter befasst hat. Oder, um bloss eines zu erwähnen, wer erinnerte sich z. B. nicht der bildlichen Darstellungen aus der biblischen Geschichte, in welchen die Personen und die Landschaft ganz und gar in dem mittelalterlichen Gewande auftreten? der Belagerung von Jericho, bei welcher mit Kanonen geschossen wird, der Geburt Christi, wobei die Stube nach der Sitte des Mittelalters mit einem Crucifixe geschmückt ist u. dgl. m.? Und wohin wir immer blicken mögen, allenthalben in Literatur und Kunst stossen wir auf die gleiche, gewissermaassen kindliche Selbstgenügsamkeit, auf den gleichen Mangel an allem und jedem geschichtlichen Sinne. Man hatte damals offenbar weder die Fähigkeit, noch hielt man es auch nur der Mühe werth, irgend etwas anderes in sich aufzunehmen und auf sich wirken zu lassen, als die Eindrücke und Gedanken der Zeit, in der man lebte.[1]

Ein Charakterzug, der solchermaasen die ganze Zeit beherrschte, musste natürlich auch in der damaligen Behandlung und Bearbeitung des Rechtes, insbesondere des römischen Rechtes, zur Erscheinung kommen. Und mich bedünkt, dass vor allem die Reception des römischen Rechtes oder wenigstens die Art und Weise, wie sie geschehen, nämlich die Reception der Justinianischen Gesetzgebung im ganzen, als eines geschlossenen vollständigen Gesetzbuches, nur durch die Beachtung dieses Charakterzuges vollkommen erklärlich wird. Gleichwie man Cäsar und Augustus, Constantin und Justinian einfach als Reichsvorfahren der damaligen römischen Kaiser ansah, so stellte man sich die Verhältnisse und Zustände des alten römischen Reiches nicht anders vor, als diejenigen der Gegenwart.[2] Nur mit einer solchen

1) Vgl. auch Hegel, Geschichte der Städteverfassung von Italien II. S. 280 ff., Stintzing, Ulrich Zasius S. 77.

2) Wer dieses recht anschaulich haben will, der lese z. B. im Sachsenspiegel (Ausgabe von Weiske) II, 63 §. 1 und namentlich im Schwabenspiegel (Ausg. von Lassberg) §. 245 die bekannte Erzählung von der Carfania, ferner im Schwabensp. §. 68 die Bemerkung über den „meister von lantrehte, der heizet Marzellus, der half den kungen vil gůter lantrehte machen", sodann im Schwabensp. §. 260 die Erklärung, weshalb die Juden des Reiches Knechte seien. Weitere Belege kann der Schwabenspiegel in den §§. 1, 70, 101, 120, 148, 169 u. a. liefern.

Vorstellung war es möglich, das Justinianische Recht in seinem vollen Umfange und ohne Unterscheidung zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht auch auf die Gegenwart für anwendbar zu halten.

Es versteht sich aber von selbst, dass wer diese Vorstellung hatte, das Corpus iuris ganz so betrachten und auslegen musste, wie wenn es ein jetzt in der damaligen Zeit verfasstes und erlassenes Gesetzbuch gewesen wäre. Und das war wirklich der Standpunkt, auf welchem wir die Juristen des spätern Mittelalters gegenüber dem römischen Rechte finden. Sie legten seinen Bestimmungen überall die Zustände und Anschauungen ihrer eigenen Zeiten unter und gelangten so nicht selten zu Ergebnissen, die mit dem wahren Sinne jener Bestimmungen, wie wir ihn gegenwärtig erkennen, sehr wenig im Einklange standen. In den meisten Fällen wohl absichtslos und unbewusst. Oft genug habe ich mich aber freilich des Eindruckes nicht erwehren können, als ob die Glossatoren und namentlich die Commentatoren einen gewissen Satz in dem Corpus iuris nur um deswillen gefunden, weil sie ihn eben hätten finden wollen. Und da vornehmlich, wo es sich um den Vortheil des eigenen Standes handelte, wurde es mit der äussern Begründung nicht allzu ängstlich genommen.[3]

---

3) Bei Angelus de Ubaldis ad L. Cum oportet (6) princ. C. de bon. quae lib. 6, 61 nr. 4 findet sich in Beziehung auf eine weiter unten (§. 79) zu berührende Streitfrage folgende bemerkenswerthe Aeusserung: „Illa salaria dicuntur quasi castrensia, quae percipiuntur ex publico; secus ergo, si non ex publico, ut s. de advoc. l. fori. Cinus tamen et *bene pro nobis* dixit contrarium in salariis medicorum et advocatorum: s. de inoff. test. l. fi.; *et eius opinionem tene, quia facit pro te.*“ Ich bin zwar weit entfernt, eine solche vereinzelte Bemerkung ohne weiteres zu verallgemeinern; es hat mir aber in der That scheinen wollen, als hätte man sich im Mittelalter nicht so gar selten an die von Angelus empfohlene Regel gehalten. Und einen Beleg dafür darf man auch in folgender bei Savigny, Geschichte des röm. R. im M. A. 2. Ausg. III. S. 176 Note c abgedruckter Stelle aus einem Schreiben des Papstes Honorius III. an die Stadt Bologna vom Jahr 1224 erblicken: Unde non sine causa miramur, quod, sicut universitas scholarium transmissa nobis conquestione monstravit, vos libertatem eorum infringere molientes dura contra eam statuta noviter edidistis, nec ipsos rectores vel consiliarios sustinentes habere, illos quos ad hoc praefecerant tamquam

Dieser mittelalterliche Standpunkt tritt schwerlich irgendwo klarer und augenfälliger zu Tage, als in der Lehre von dem castrense und quasi castrense peculium. Nebendem wird sich zeigen, dass dieses unscheinbare privatrechtliche Institut in der Geschichte der modernen staatlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse eine gar nicht unbedeutende Rolle gespielt hat.

Um aber die mittelalterliche Theorie des castrense und quasi castrense peculium richtig zu würdigen, muss man sich erinnern, dass die aufblühende Bologneser Rechtsschule zwei ausgezeichnete Berufsstände vorfand: die Ritter, die milites saeculares, und die Geistlichen, die milites Dei. (§. 72.) Beide waren schon damals mit wichtigen Privilegien ausgestattet. Namentlich waren sie frei von den Frondiensten und andern persönlichen Leistungen, welche auf den niedern Ständen lasteten.[4]

Nun bemerkte man, dass das römische Recht den milites ähnliche Befreiungen gewährte.[5] Ferner sah man, dass dieses Recht unter milites in einem weitern Sinne nicht bloss diejenigen verstand, welche dem Staate zu Kriegsdiensten verpflichtet waren, sondern auch diejenigen, die ihm als Beamte dienten, kurz alle, welche die Geschäfte und Angelegenheiten des Staates besorgten. Als gemeinsames Abzeichen aller dieser milites aber gewahrte man das cingulum militare und fand an dasselbe vielfach den Gedanken einer besondern Würde und obrigkeitlichen Stellung angeknüpft. (Vgl. S. 420 ff., 490.) Gründe genug für das Mittelalter, und mehr als genug, um die milites, von denen das Corpus iuris redet, mit den mittelalterlichen für völlig einerlei zu halten und folglich, was das Justinianische Recht in Ansehung der milites

---

bannitos civitatem vestram compulsistis exire, suggerentibus id *legum doctoribus*, qui, *non communia commoda sed privata quaerentes*, stare, ut tenebantur, sententiae rectorum scholarium contemserunt.

4) Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte II. §. 223 a. E.; Walter, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Ausg. §. 217, 218; Walter, Lehrbuch des Kirchenrechts 13. Ausg. §. 215 VI. Vgl. auch in Ansehung der Geistlichen Petrus, Exce. LL. Rom. I. c. 62.

5) Vgl. z. B. L. 3 §. 1, L. 4 §. 3, L. 18 §. 24, 29 D. de muner. 50, 4, L. 10 §. 2, L. 11 D. de vacat. 50, 5, L. 12, 13, 14 C. de excus. mun. 10, 47 (48).

bestimmt, ohne weiteres auf jene anzuwenden. Waren doch auch die modernen milites durch das cingulum militare ausgezeichnet; waren doch sie gleichfalls diejenigen Personen, welche im Frieden wie im Kriege dem Staate dienten und seine Angelegenheiten und Geschäfte besorgten, und kam doch auch ihnen insgesammt nach der Anschauung der Zeit eine erhabene, obrigkeitliche Stellung zu.[6]

Dass man sich aber wirklich unter dem miles des Corpus iuris einen mittelalterlichen miles, d. i. einen Ritter, vorstellte, erhellt aus der Glosse zu der L. pen. D. ex quib. c. mai. 4, 6, mit welcher die glo. Siquidem ad Auth. de mandat. princ. §. ult. Coll. III. tit. IV. (Nov. 17) fast wörtlich übereinstimmt. Zu dem Worte „periculo" jener ersten Stelle bemerkt nämlich Accursius folgendes:

„Periculo": periurii vel mortis. Et nota, quod sex sunt necessaria, ut quis sit miles:

1. Primo ut miles non sit negotiator: ut C. neg. ne mil. l. I. lib. XII. [tit. 35].[7]
2. Item quod examinetur: ut C. qui mi. non pos. l. I. lib. XII. [tit. 34].[8]

---

6) Vgl. Büsching, Ritterzeit und Ritterwesen I. S. 86, 93 fg., II. S. 259, 261 ff., Walter, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Ausg. §. 218, und, was namentlich die damaligen Verhältnisse in Oberitalien anlangt, die hier natürlich vor allen Dingen in Betracht kommen, Hegel, Geschichte der Städteverfassung von Italien II. S. 95 ff.

7) Dass dieses der mittelalterlichen Anschauung entspricht, ist bekannt. Zum Ueberflusse verweise ich auf die Stelle bei Walter, Deutsche Rechtsgeschichte 2. Ausg. §. 218 Note 12; ferner auf das Sächs. Lehnrecht Art. 2 und auf das Görlitzer Landrecht (Anfang des 14. Jahrh.) 45 §. 3 (bei Walter §. 444 Note 21). Vgl. auch Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgesch. II. §. 337, 341 a. E.; Walter §. 444 bei Note 21; Freytag, Bilder der deutschen Vergangenheit 5. Aufl. II. Abth. 1 S. 10 fg., 42 fg.

8) In dieser Stelle heisst es nur: „Si militiae nomen dare vultis, offerte vos his, qui probandi ius habent". Für die altrömischen milites ist daraus nicht mehr zu folgern, als was sich von selbst versteht und was schwerlich jemand einer besondern Hervorhebung als eines eigenen Erfordernisses werth gefunden haben würde: dass nämlich nicht ein jeder als Soldat angenommen werden musste, und dass ein offenbar untauglicher zurückgewiesen werden konnte. Allein im Mittelalter hielt man eine vor-

3. Item quod praestet sacramentum per genium principis et deum omnipotentem, quod mortem reipublicae causa non evitabit: ut hic et in lib. Vegetii de re milit.[9]
4. Item quod ei ensis cingatur; argu. ī. de mili. test. [Dig. XXIX, 1] l. filiusfa. [penult.].[10]
5. Item stigma, id est nota publica, debet eius brachiis inscribi vel imponi: ut C. de fabricen. l. III. lib. XI. [tit. 9].[11]

---

gängige Prüfung des Knappen für ein wesentliches Stück einer gehörigen Ertheilung der Ritterwürde. Vgl. Büsching, Ritterzeit und Ritterwesen I. S. 90 fg. und den Bericht in der Chronik des Johannes de Beka über den Hergang bei dem Ritterschlage Wilhelm's von Holland im Jahr 1247, welchen der Chronist ausdrücklich als einen mustergültigen bezeichnet, bei Joh. Friedr. Böhmer, Fontes rerum Germanicarum II. S. 433—435 (auch — aus dem Magnum Chronicon Belgicum — bei Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgesch. II. §. 241 Anm.). Für die mittelalterlichen Juristen stand daher dieses Erforderniss als ein besonders zu betonendes von vornherein fest, und es war nur die Frage nach einer Stelle des Corpus iuris, an die es sich leidlich anknüpfen liess. Man fand sie in der L. 1 C. cit.

9) Eine wunderliche Verquickung antiker und moderner Verhältnisse, wie sie dem Mittelalter so sehr geläufig war. Accursius denkt an den Eid, den jeder Ritter vor der Verleihung der Ritterwürde schwören musste. Vgl. Büsching I. S. 91, 94 und die angeführte Stelle aus der Chronik des Johannes de Beka.

10) Die Umgürtung des Schwertes war, wie schon früher erwähnt worden (S. 504), der wesentlichste Theil der bei der Verleihung des Rittergrades üblichen Bräuche. — Ein aufmerksames Auge wird bereits bemerkt haben, dass Accursius, indem er zuerst von der Prüfung, dann von der Vereidigung, endlich von der Umgürtung des Schwertes redet, diese Acte genau in derjenigen Reihenfolge aufzählt, in welcher sie bei einer gehörigen und formgerechten Verleihung der Ritterwürde vorkamen.

11) Die römischen Soldaten wurden mit Punkten auf dem Arme gezeichnet (Walter, Geschichte des röm. Rechts 3. Aufl. I. §. 417 geg. Ende). Darum heisst es in der L. 3 C. cit.: „Stigmata, hoc est nota publica, fabricensium brachiis ad imitationem tironum infligantur". Im Mittelalter dagegen verstand man unter dem stigma militare eine weisse Bandschleife, welche der neue Ritter auf der linken Schulter tragen musste, bis er sich durch Thaten so berühmt gemacht, dass ein Fürst oder eine Dame von hohem Adel sich bewogen fand, ihm die Schleife abzunehmen. Vgl. Du Cange s. v. Stigma. Darum vermeidet denn auch Accursius das

6. Item in numero aliorum debet poni et scribi: ut i. de mili. test. l. ex eo [42].[12]

Et isti tales habent privilegia, quae dicunt leges concedi militibus.

Man sieht, Accursius zählt alle Merkmale eines gehörig creierten mittelalterlichen Ritters auf, und nur denjenigen, in deren Person diese Merkmale zusammentreffen, spricht er die Privilegien zu, welche das römische Recht den milites gewährt.[13]

Möchte aber diese Stelle der Glosse noch Zweifel übrig lassen, so müssten sie doch jedenfalls weichen Angesichts folgender völlig unzweideutiger Stelle aus dem Commentar des französischen Juristen Johannes Faber über die Institutionen (verfasst um 1350):

In rubr. tit. I. de militari testamento nr. 1, 2: An autem requiratur, quod sit *de genere militari?* non videtur, quia

---

Wort infligi und schreibt vielmehr: „inscribi *vel imponi*". In der glo. In numeros referri ad L. Ex eo (42) D. de test. mil. 29, 1 heisst es „infigi". Doch war der Brauch, dem neuen Ritter eine solche Schleife auf die linke Schulter zu heften, schwerlich ein ganz allgemeiner; oder mindestens hatte er sich in manchen Gegenden frühzeitig verloren. Denn schon Lucas de Penna, der um die Mitte des 14. Jahrhunderts zu Neapel schrieb, weiss ad L. 3 C. cit. in verb. „Imitationem" von den stigmata nur zu sagen, es sei früher Sitte gewesen, die tirones damit zu zeichnen: „erat enim character, signum seu figura vel nota, qua signabatur miles, ut ab aliis dignosceretur; et hic character alias vocatur *cingulum militare*". Ihm erscheint also als das Kennzeichen des Ritters bloss noch das cingulum militare. Beiläufig sei bemerkt, dass Lucas de Penna in der nämlichen Stelle als die dem Rittergürtel entsprechenden „stigmata vel signa clericorum" die Tonsur bezeichnet.

12) Vgl. hiezu das mehrfach erwähnte Stück aus der Chronik des Johannes de Beka in den Worten: „quo militari nostro collegio digne *adscribi* possit".

13) Wenn man diese und ähnliche Stellen liest, so ist es schwer, sich des Gedankens zu erwehren, dass die beginnende Reception des römischen Rechtes auf die Ausbildung der Bräuche bei der Ertheilung des Rittergrades einen Einfluss gehabt haben könnte. Eine Untersuchung dieser Frage würde wahrscheinlich einen interessanten Beitrag nicht allein zu der Geschichte des Ritterthums, sondern auch und vor allem zu derjenigen der Reception des römischen Rechtes liefern.

libertini possunt esse milites: C. de lib. et eorum lib. l. fin., ff. de mili. test. l. si duobus, C. qui mil. pos. l. pen., de bon. pos. quae ex test. mili. l. I. Contra in feud. de cler. viol. pac. §. si miles [II. Feud. 27 §. 10], C. neg. ne mil. l. I. lib. XII. Sed ad primam posset responderi, quia in illa non prohibetur fieri miles, qui non est de genere militum, sed ad actum duelli non admittitur, nisi sit de genere; imo facit pro prima parte, quia supponit, quod aliqui sunt, qui non sunt ex genere, quos prohibet duellare. Item ad aliam respondet (respondetur?), quia ibi non ob defectum generis prohibentur, imo propter negotiationem, quae non pertinet ad milites: C. de loc. l. milites, de re mili. l. milites. Sed *de consuetudine debent esse de genere militari;* multi tamen his diebus consuetudinem interrumpunt.[14] Sed quis potest creare militem? videtur, quod solus princeps: C. de re mili. l. neminem. Sed *de consuetudine miles creat militem, ut tota die videmus.*[15] Sed an miles est in dignitate? videtur expressum, quod sic: C. qui mili. pos. l. fi., de eques. dig. in rubro et nigro. lib. XII.[16]

Nicht minder beweisend ist die Lectura des Bartolus über die L. 1 C. de dignitatibus 12, 1,[17] und viele weitere Belege

---

14) Vgl. dazu S. 505 und Du Cange, Glossar. s. v. Miles verb.: „Gentis ac natalium nobilitas necessaria erat, ut quis militiam consequeretur, *maxime apud nostros*" nebst den beigefügten Belegen.

15) Vgl. dazu Du Cange ibid., Büsching, Ritterzeit und Ritterwesen I. S. 87, Freytag, Bilder der deutschen Vergangenheit 5. Aufl. II. Abth. I. S. 9 fg.

16) Es giebt schwerlich eine Stelle, welche klarer aufweist, als diese, mit welcher Unbefangenheit man in der damaligen Zeit das römische Recht auf die modernen Verhältnisse anwandte und mittelalterliche und antike Rechtsquellen eben so, wie mittelalterliche und antike Anschauungen, durch einander warf.

17) Vgl. Savigny, Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter 2. Ausg. VI. S. 169. Diese interessante und in Betreff der damaligen Zustände überaus lehrreiche Abhandlung findet sich unter andern in der Ausgabe der Commentaria in XII libros Codicis Basileae 1562 pag. 939 sqq. Sie beginnt jedoch erst bei nr. 34 und endigt mit nr. 101. Die Nummern

werden sich von selbst im Laufe der Darstellung ergeben. Ich will hier nur noch drei einzelne Umstände erwähnen, von denen ein jeder für sich allein schon füglich zu einem vollen Beweise genügen könnte. Nämlich

erstens, dass die Glosse zu der L. un. C. de equestri dignitate 12, 32 zwischen eques und miles nicht zu unterscheiden weiss, sondern vielmehr die römischen equites für einerlei mit den milites hält.[18] Sehr begreiflich, wenn der Glossator die altrömischen Verhältnisse sich so, wie die mittelalterlichen, vorstellte und demnach bei den römischen milites an mittelalterliche Ritter dachte; ganz unmöglich dagegen, falls er von der wahren Natur jener Verhältnisse auch nur eine Ahnung gehabt hätte.

Zweitens bezieht das Grand Coutumier de France (14. Jahrhundert) das privilegierte testamentum militis ausdrücklich bloss auf die Ritter;[19] und

drittens begegnet man der nämlichen Erscheinung auch in der Notariats-Ordnung Maximilian's I. von 1512 Tit. von Testamenten §. 2.[20]

1—33 enthalten eine Zusammenstellung der Privilegien der Doctoren von Alexander Tartagnus, und der Schluss von nr. 102 an rührt ebenfalls wieder von Alexander her. Auch im Verlaufe der Lectura kommen einige eingestreute Zusätze dieses letztern vor (nr. 48, 50), schon äusserlich gleich jenen beiden erst genannten grössern durch die Namensunterschrift des Alexander kenntlich gemacht. Bemerkenswerth ist auch die bereits von Witte hervorgehobene Berufung auf Dante in nr. 46 a. E.

18) Diese Glosse lautet nämlich so: „Equites Romanos": qui Romam custodiunt; nam et illi habentur pro absentibus reipublicae causa: ut ff. ex qui. cau. ma. [IV, 6] l. milites [penult.]; et dic, quod aliqui praesidentes aliis erant, non enim simplex militia est dignitas: ut i. tit. II. [C. XII. 34] l. fin. in princ. Accur.

19) „En pays coustumier deux ou trois tesmoins suffisent en un testament, lequel sans tesmoings ne vault; ne mie testament escript de la propre main du testateur, s'il n'est *chevalier* et qu'il soit en cas perilleux." Ich entnehme die Stelle aus Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs III. S. 410 Note 45.

20) Vgl. meine Schrift Zur Geschichte des Soldatentestamentes S. 7, 18 fg.

Aber nicht bloss die Testamentsprivilegien der römischen milites wurden auf diese Weise zu Privilegien der Ritter; sondern auch alle andern Privilegien, mit welchen das römische Recht die milites höchst freigebig ausgestattet, wurden, gestützt auf die Auctorität des Corpus iuris, nunmehr den Rittern zugeschrieben. Und dieses waren zu einem grossen Theil Privilegien der allerwichtigsten Art, welche die Ritter mit Begierde ergreifen mussten. Ich nenne nur z. B. die Freiheit von allen persönlichen und Einquartierungslasten, insbesondere auch von Vormundschaften, ferner die Befreiung von der Folter und schimpflichen Strafen, sodann das allgemeine beneficium competentiae gegenüber allen Gläubigern und die daraus abgeleitete Freiheit von der Schuldhaft, endlich den eximierten Gerichtsstand vor dem magister militum, comes oder dux, Ausdrücke, die man natürlich in der mittelalterlichen Bedeutung verstand.[21] Auch das castrense peculium verwandelte sich in ein Privilegium der Ritter. Diesen gelang es aber um desto leichter, diese und andere aus dem Corpus iuris geschöpfte Privilegien praktisch zur Geltung zu bringen, je weiter ihnen dabei die bestehende Zeitanschauung entgegenkam, und je mehr jene Privilegien als eine blosse Entfaltung bereits vorhandener Keime betrachtet werden konnten. So hat das römische Recht nicht wenig dazu beigetragen, dem Ritterstande jene hohe und privilegierte Stellung zu verschaffen, die ihn in den spätern Zeiten des Mittelalters vor dem Bürger- und Bauernstande auszeichnete, und die ihm zu einem Theil bis auf die Gegenwart herunter geblieben ist.[22]

Doch hatte er sich im Mittelalter dieser bevorzugten Stellung nicht ausschliesslich zu erfreuen, sondern er musste sie mit zwei andern Ständen theilen; nämlich mit den Geistlichen und mit den Rechtsgelehrten. Und auch dieses hieng mit der Reception des römischen Rechtes zusammen.

---

21) Vgl. wegen dieser Privilegien G. A. Enenkel, De privilegiis militum et militiae Lib. II. privil. V., XV., XIX., XXVII., XXX.

22) Vgl. auch Büsching, Ritterzeit und Ritterwesen II. S. 261.

§. 76.

Im Corpus iuris fand man den Advocaten manche ähnliche Privilegien beigelegt, wie den milites. Namentlich sollten sie, gleich diesen, frei sein von mancherlei persönlichen Lasten.[1] Ferner wird ihnen in der L. 4 C. de advoc. div. iudicior. 2, 7 ein quasi castrense peculium zugesprochen, und zwar ausdrücklich „ad exemplum militum". Deutete schon dieses darauf hin, dass sich der Begriff des miles in einem weitern Sinn auch auf sie mit erstrecke, so musste vollends jeder Zweifel schwinden vor der wörtlichen Erklärung in der L. 14 C. eod. (S. 434 fg.), dass nicht bloss diejenigen, „qui gladiis, clypeis et thoracibus nituntur," als „imperio militantes" angesehen würden, sondern auch die Advocaten. Und man vermisste hiefür auch nicht eine gute innere Begründung. Lag sie doch für das Mittelalter klar genug ausgesprochen in den Anfangsworten der Vorrede zu den Institutionen und der zweiten Vorrede zu dem Codex. Ich will die beiden Stellen wegen der wichtigen Rolle, die sie in der Geschichte der Ständeverhältnisse gespielt haben, hierhersetzen.

Prooem. Inst. princ.: Imperatoriam maiestatem *non solum armis decoratam*, *sed etiam legibus oportet esse armatam*, ut utrumque tempus, et bellorum et pacis, recte possit gubernari, et princeps Romanus victor existat non solum in hostilibus proeliis, sed etiam per legitimos tramites calumniantium iniquitates expellens, et fiat tam iuris religiosissimus, quam victis hostibus triumphator.

Const. de Iustinianeo codice confirmando princ.: Summa reipublicae tuitio *de stirpe duarum rerum*, *armorum atque legum*, *veniens* vimque suam exinde muniens felix Romanorum genus omnibus anteponi nationibus omnibusque dominari tam praeteritis effecit temporibus, quam Deo propitio in aeternum efficiet. *Istorum etenim alterum alterius auxilio semper eguit*, et tam militaris res legibus in tuto collocata est, quam ipsae leges armorum praesidio servatae sunt.

---

1) L. 3, 6 C. de advoc. div. iudicior. 2, 7, L. 3 C. de discussor. 10, 30; Bethmann-Hollweg, der römische Civilprocess III. S. 163.

Mit der dem Mittelalter ganz besonders eigenen Liebe des Parallelisierens leitete man aus diesen Aussprüchen Justinian's folgende Gedanken ab: Die beiden Grundpfeiler des Staates bestünden in den Waffen und den Gesetzen. Das eine stehe dem andern an Wichtigkeit gleich, und jedes sei überall und stets auf die Unterstützung des andern angewiesen. Ja die Verwandtschaft sei so gross, dass mit Recht auch den Gesetzen die Bezeichnung der Waffen, und den Kennern der Gesetze, gleich den geübten in den Waffen, die Eigenschaft der milites beigelegt werde.

Zum Beweise aber, dass dieses wirklich die Gedanken des Mittelalters waren, berufe ich mich auf einen Gewährsmann, gegen dessen Zeugniss kein Einwand möglich sein wird. Ich meine den Azo, der in seiner Summa Institutionum zu dem Prooemium nr. 1 und 2 unter andern folgendes sagt:

> Imperator — — assignat duo tempora, unum bellorum et alterum pacis. In tempore bellorum necessaria sunt ad summam reipublicae tuitionem ista quatuor: arma, usus armorum, victoria, triumphus. In tempore vero pacis necessaria sunt quatuor similia: leges scilicet, usus legum, calumniae pulsio, iuris religio. — — Ista ergo duo, arma et leges, pariter debent esse in principe, et alterum semper eguit alterius auxilio, et tam militaris res legibus est in tuto collocata, quam ipsae leges armorum praesidio servatae sunt: ut C. de Iust. Co. confirma. in prin.; et tanta gaudent similitudine pariter et splendent utilitate, ut *nomen armorum et nomina eorum, qui exercentur in armis, accommodentur legibus et legistis. Leges ergo dicuntur arma*, et Imperator legibus dicitur armari (ut in principio huius prooemii), et *milites dicuntur advocati*; nec enim solos — — ut C. de advoca. diversor. iudic. l. advocati [14]. Est ergo *militia alia armata, alia inermis, alia literata* [2], ut C. de prox. sac. scrin. l. proximos.[3]

---

2) So die von mir benutzte Ausgabe: Basileae 1572. Es ist aber gewiss zu lesen: „alia inermis vel literata"; denn vergl. die Summa Cod. II, 7 nr. 1: „Et hi etiam (sc. advocati) dicuntur milites inermi vel literatoria militia militantes".

3) Man vergleiche auch die ganz ähnlichen Aeusserungen in der glo. Armis decoratam ad prooem. Inst., und in den Glossen Auxilio und

Die Glossatoren mussten aber zu der Annahme dieser Theorie schon von vornherein geneigt sein aus zweierlei Gründen. Erstlich weil sie ihnen selbst zu gute kam; waren sie doch sämmtlich von Irnerius bis auf Azo herunter nicht bloss doctores legum, sondern auch causidici oder advocati.[4] Und zweitens, weil sie den bestehenden Verhältnissen entsprach; denn es fehlt nicht an Zeugnissen für das hohe Ansehen und die geehrte Stellung, deren sich damals in Italien die Rechtsgelehrten, insbesondere die zu Bologna als Lehrer wirkenden, erfreuten. Erinnert man sich z. B. an die bekannte Thatsache, dass Friedrich I., wenn er in Bologna war, zwischen Bulgarus und Martinus in der Mitte

---

Igitur zu der const. Summa reipublicae in princ. In der letzt genannten Glosse werden die arma und die leges bezeichnet als die „duo brachia mundi". S. ferner die bei Savigny, Gesch. des röm. R. im M. A. 2. Ausg. IV. S. 124 fg. abgedruckte Stelle aus Boncampagni (Anf. des 13. Jahrh.).

4) Irnerius und die meisten andern Glossatoren kommen in Urkunden als „causidici" vor, und Burgundio, der Uebersetzer der kleinern griechischen Stellen in den Digesten, in zwei Urkunden des J. 1147 sogar geradezu als „advocatus". Vgl. Savigny a. a. O. S. 12 Nr. 1, S. 75 fg. Nr. 1—3, S. 142 Urk. v. 1154, S. 155 fg. Nr. 1, 2, 5, S. 286 Note b S. 394 fg. Urkk. v. 1147. Ueberdies wird uns von vielen Fällen berichtet, in welchen Irnerius und spätere Glossatoren als Sachwalter thätig gewesen. Vgl. Savigny III. S. 493, IV. S. 142 Urk. v. 1169, S. 179 Note b a. E., S. 194 fg. u. 197, S. 324 ff., S. 393. Auf diesen Umstand lege ich indessen kein besonderes Gewicht, weil man damals unter causidicus oder advocatus nicht gerade bloss den Sachwalter, sondern überhaupt den Rechtsgelehrten verstand. Dieses erhellt zur Genüge schon aus der im Text abgedruckten Stelle des Azo. Vgl. aber auch Savigny III. S. 207 Note e und S. 236. Ferner die glo. Castrense ad L. Fori (4) C. de advoc. div. iudicior. 2, 7: „Castrense": hoc forte non erit hodie, cum advocati non habeant salarium de publico, nisi sit advocatus pauperum. Sed in *iudicibus* communitatis Bononiae potest habere locum, quia ipsi percipiunt de publico, et sic erit quasi castrense. Secus si aliunde forte et a *clientulis*. Und eine ganz ähnliche, nur noch unzweideutigere Stelle findet sich auch bei Odofredus, Sup. Cod prima parte ad L. Fori [4] C. cit. (fol. 81 col. IV.). Auf die Frage, ob diese Lex noch anwendbar sei, da die Advocaten keine salaria de publico mehr bezögen, antwortet er nämlich: „potest habere locum in advocatis pauperum et in *aliis iudicibus* communis Bononiensis, qui percipiunt salaria de publico". S. auch meine Schrift über die Turiner Institutionenglosse und den Brachylogus S. 68.

zu reiten pflegte [5], so genügt schon dieses, um es sehr erklärlich zu finden, dass ein Berufsstand, der zu solcher Ehre hinaufhob, demjenigen der Ritter mindestens gleich geachtet werden musste.[6] Man konnte daher wohl glauben, in jenen Aussprüchen des römischen Rechtes nur eine Bestätigung desjenigen zu finden, was schon von selbst aus der Natur der Sache zu folgen schien.

Aber man gieng bereits in der Glossatorenzeit sogar noch einen bedeutenden Schritt weiter. Ein Professor der Grammatik, der Dialektik oder der Leges solle, wenn er zwanzig Jahre lang als Lehrer thätig gewesen und von dem Rathe der Stadt dessen für würdig erachtet werde, den Rang eines Grafen und Fürsten erhalten. Dieses folgerte man aus der L. 1 C. de professoribus, qui in urbe Constantinopolitana docentes ex lege meruerunt *comitivam* 12, 15, die folgendes verordnet:

> Grammaticos, tam graecos quam latinos, sophistas et iurisperitos in hac regia urbe professionem suam exercentes et inter statutos connumeratos[7], si laudabilem in se probis moribus vitam esse monstraverint, si docendi peritiam facundiamque dicendi interpretandique subtilitatem et copiam disserendi se habere patefecerint, et coetu amplissimo iudicante [8] digni fuerint aestimati, quum ad viginti annos observatione iugi ac sedulo docendi labore pervenerint, placuit honorari et his, qui sunt ex-vicaria dignitate, connumerari.

Die Glosse bemerkt dazu:

> „Ex vicaria“: sed vicarius aequiparatur comiti et duci; ergo est *comes et dux*: ut s̄. de comi. et archia. [XII, 13]

---

5) Savigny IV. S. 178 ff.

6) Andere Belege für die hohe äussere Stellung der damaligen italienischen Rechtsgelehrten finden sich bei Savigny IV. S. 20, 385, 399, V. S. 5, 49, 117, 136, 218 ff., 267. Und schon der Umstand, dass Adelige, wie z. B. Martinus Gosia und Henricus de Baila, sich diesem Berufe widmeten, beweist, wie hoch er in der Achtung stand. Vgl. auch meine in der Anmerkung 4 genannte Schrift S. 67.

7) Dazu bemerkt die Glosse: „Statutos“: qui debent esse duo, qui *leges* pandunt: ut s̄. de stu. libe. l. I. in fi.

8) Vgl. hiezu die glo. Amplissimo ad h. l. und die glo. Ordinis ad L. Magistros 7 C. de profess. et med. 10, 52.

l. I., et quia rubrica ipsa hoc dicit. — — Et nota, quod sic dicit de magistro Ioanne grammatico et *Accursio iurisperito*. Item facit ī. de proxim. sacr. scrin. [XII, 19] l. III. et ff. de verbo. sign. l. quibus [Flor. cui 57].

Der nahe liegende Einwand, dass doch das Gesetz nur von Professoren in Constantinopel rede, wurde beseitigt mit der Erwiderung, dass was von den Professoren in der „regia urbs" Constantinopel gelte, von den Professoren in allen regiae urbes gelten müsse. Nun sei aber auch Bologna eine regia urbs, da es von dem Kaiser Theodosius auf Geheiss des heil. Ambrosius erbaut worden.[9]

War man schon auf diese Weise dazu gelangt, neben der militia armata auch noch eine inermis militia anzuerkennen, so gelangte man dazu auch noch aus einer andern Rücksicht. Ausser den Advocaten haben in der Justinianischen Gesetzgebung auch die Geistlichen manche ähnliche Privilegien, wie die milites. Sie sind ebenfalls frei von vielen persönlichen Lasten[10], und sie

---

9) Vgl. die glo. Hac regia ad h. l. und die glo. Regiis urbibus ad const. Omnem §. 7 (in prooem. Dig.). Savigny, Gesch. des röm. R. im M. A. 2. Ausg. III. S. 166. — Auch auf den später entstandenen italienischen Universitäten machte man sich wegen der Anwendung der L. 1 C. cit. keine Scrupel. Diese andern Städte, sagte man, hätten, sei es kraft Gewohnheitsrechtes, sei es durch besonderes Privileg, eben so gut das Recht eines Studiums, als Bologna oder Constantinopel; folglich müssten die dortigen Lehrer auch die nämlichen Privilegien haben. S. Bartolus in Dig. vet. ad const. Omnem §. Haec autem, und besonders Bartolus oder vielmehr Comes de Perusio (Savigny VI. S. 169) ad L. 1 C. cit. 12, 15 nr. 1: Nota hanc legem pro doctoribus, qui legunt in civitate Perusii, nam gaudebunt privilegio huius legis, cum haec civitas habeat privilegium studii, prout civitas Constantinopolitana. — Die Lehre, dass ein Doctor nach zwanzigjähriger Wirksamkeit als öffentlicher Lehrer mindestens den Rang eines Grafen (comes Palatinus) erlange, kehrt auch bei den deutschen Juristen wieder. Vgl. z. B. Petr. de Andlo, De imperio romano (um 1460) Lib. II. c. XI. (s. §. 82 Anm. 11 a. E.), Sichard, Prael. in Cod. lib. II. (a. 1585) Ad L. 25 de procur. 2, 13 nr. 9, 10 u. a. Eine genauere Beachtung und weitere Verfolgung dieser Lehre würde wahrscheinlich zur Erklärung mancher interessanter Erscheinungen in der Geschichte der deutschen Universitäten führen.

10) L. 1, 2, 6, 52 (51) C. de episc. 1, 3, Nov. 123 c. 5, 6; Walter, Lehrb. des Kirchenrechts 13. Ausg. §. 215 V. — VII.

haben als Haussöhne ebenfalls ein quasi castrense peculium. Beides, und namentlich das letzte, musste für die Glossatoren als sattsamer Beweis gelten, dass das römische Recht, gleichwie von jeher das Mittelalter, wie die Kirchenväter und die Päpste es gethan, den Begriff der milites auch auf die Geistlichen ausdehne. Und es erschien so sehr natürlich und selbstverständlich, diese hergebrachte Auffassung auch in dem Corpus iuris wiederzufinden, dass ich bei den Glossatoren trotz vieles Suchens nirgends auf den Versuch einer besondern Beweisführung gestossen bin. Dass aber die Vergleichung der Geistlichen mit den Rittern in jeder Beziehung den damaligen Verhältnissen und Vorstellungen entsprach, habe ich schon früher zur Genüge dargethan.

§. 77.

Aus dem allem ergab sich für die Glossatoren folgende Theorie.

Die militia zerfällt zuvörderst in die armata und die inermis militia.[1] Die letztere aber theilt sich wieder in die legalis oder literata und die coelestis militia.[2]

Indessen kommt es auch vor, dass dreitheilig die militia equestris, coelestis und legalis neben einander gestellt werden.[3]

---

1) Diese Unterscheidung findet sich schon bei Placentinus, Summa Cod. II, 7 de adv. div. iudicior. verb.: Hi (sc. advocati) dicuntur non tantum advocati, sed et togati et causarum patroni et *milites inermi militia i. e. literatoria militantes.* Ferner bei Azo, Summa Cod. II, 7 de adv. divers. iudicior. nr. 1, VI, 21 de test. mil. nr. 3, VI, 22 qui fac. test. nr. 2; Summa Inst. ad prooem. nr. 2 (oben S. 539). Auffallend ist, dass, soviel ich gesehen, auf die Geistlichen das Wort milites von Placentin und Azo nirgends angewendet wird. Die Erklärung ist wohl nur darin zu suchen, dass diese Schriftsteller sich strenger, als die meisten andern ihrer Zeit, an den Sprachgebrauch des Corpus iuris hielten, in welchem, wie ich schon bei andern Gelegenheiten erwähnt, die Geistlichen als milites oder militantes nicht vorkommen.

2) Vgl. glo. Militare coeperit ad L. 1 §. 4 D. si a parente quis 37, 12, glo. Militiae ad L. 7 C. de iurisd. omn. iud. 3, 13, glo. Militare ad L. 1 C. ubi quis de cur. 3, 23, glo. Militiae armatae ad L. 4 C. qui dare tut. 5, 34, glo. Literataque militia ad L. 8 C. de prox. sacr. scrin. 12, 19.

3) S. glo. Filiusf. equestri ad L. pen. D. de test. mil. 29, 1: „Nota: militia equestris. Item coelestis, ut clericorum. Item legalis, ut

Ferner findet sich die Entgegensetzung der saecularis und der coelestis militia. In den Stellen der Glosse, welche diese Erscheinung aufweisen, geht jedoch der Ausdruck saecularis militia überall nur auf die milites armatae militiae, ohne die milites legalis militiae mit zu umfassen.[4]

Das Mittelalter begnügte sich aber mit einer solchen allgemeinen Theorie nicht als einem blossen Erklärungsmittel für eine Anzahl gegebener positiver Sätze, sondern es verfehlte nicht, daraus selbständige weitere Folgerungen zu ziehen. So gelangte man zu der Frage, ob den milites legalis und coelestis militiae von den Privilegien der milites armatae militiae ausser denjenigen, deren sie das römische Recht ausdrücklich für theilhaft erklärt, auch noch weitere zuzusprechen. Schon von den Glossatoren wurde diese Frage in Ansehung einzelner Privilegien bejaht. Insbesondere in Beziehung auf das allgemeine beneficium competentiae, ungeachtet die L. 6 pr. und die L. 18 D. de re iud. 42, 1 ganz ausdrücklich nur von dem „miles, qui sub armata militia stipendia meruit", reden. Fragt man aber, wie unter solchen Umständen die Ausdehnung des Privilegiums zu begründen war, so erhält man von der Glosse (glo. Facere potest ad L. 6 pr. D. cit.) folgende Antwort:

> Idem in patrono causae, ut cogatur solvere in quantum facere potest, cum et ipse miles sit; — — *nam et in quasi castrensi peculio idem habet privilegium advocatus, quod miles in castrensi*: ut C. de advoc. diver. iudi. l. fori. Item quid in milite coelestis militiae? Responde idem multo magis: argu. C. de episc. et cle. l. sacrosanctae, cum per eos summi numinis veniam speremus.

---

advocatorum: ut C. de advoca. diver. iudi. l. advocati." Vgl. glo. Facere potest ad L. 6 D. de re iud. 42, 1.

4) S. glo. Praetermissum est ad L. 8 D. de procur. 3, 3, glo. Procuratores ad L. 31 C. de locato 4, 65; vgl. glo. Nec volens ad §. Idem et (14) I. de excus. tut. 1, 25. Es scheint also, man blieb hier zunächst dem seit Jahrhunderten herkömmlichen Sprachgebrauche treu. Spätere dagegen nahmen keinen Anstand, den Begriff der saecularis militia auf die legalis militia zu erweitern. Vgl. z. B. Ioa. Faber, Breviar. Cod. lib. I. tit. de iuris et facti ign. [18] nr. 1.

Das quasi castrense peculium also war der Punkt, an welchen man die Gleichstellung der Rechtsgelehrten und der Geistlichen mit dem Ritterstande anknüpfte, der theoretische Keim, aus dem sich die Gestaltung der Ständeverhältnisse am Ausgange des Mittelalters entwickelte. Der miles legalis militiae, so folgerte man, hat in Rücksicht des quasi castrense peculium ein gleiches Privilegium, wie der miles armatae militiae in Ansehung des castrense. Man darf daraus schliessen, dass er ihm überhaupt gleich stehen soll, und man darf daher mit allem Fuge auch noch andere Privilegien des miles armatae militiae auf den miles legalis militiae anwenden. Noch weit mehr muss dieses aber von dem miles coelestis militiae gelten. Denn dieser ist in Beziehung auf das quasi castrense peculium sogar noch privilegierter, als der miles armatae militiae, da das castrense peculium des letztern bloss die zufolge der militia gemachten Erwerbungen, das quasi castrense peculium der Geistlichen dagegen alles aus welchem Anlasse immer erworbene umfasst. Ein Beweis, dass der Gesetzgeber die milites coelestis militiae noch mehr, als die milites armatae und legalis militiae, hat auszeichnen wollen. Und diese höhere Auszeichnung ist auch wohl gerechtfertigt, da ihr Amt von allen das höchste und wichtigste ist.

So der Gedankengang der Stelle. Unter der Hülle einer Folgerung aus dem römischen Rechte lässt er in der Schlussbemerkung den wahren Entscheidungsgrund deutlich genug durchschimmern. Dieser lag nämlich in dem Gedanken, dass die Geistlichen und die Rechtsgelehrten für die menschliche Gesellschaft und das Gemeinwohl nicht minder wichtige Stände seien, als die Ritter, und dass ihnen daher auch nicht mindere Privilegien und Ehrenrechte zukommen dürften, als diesen. Es waren überall die mittelalterlichen Verhältnisse und Anschauungen, in denen man sich bewegte, und denen man mit sehr geschickter Benutzung des römischen Rechtes zu einer entsprechenden rechtlichen Ausprägung zu helfen suchte.

Noch weiter, als die Glossatoren, giengen hierin die Schriftsteller der folgenden Zeit. Den Quellen ferner stehend, als jene, folgerten sie noch viel unbekümmerter aus den einmal angenommenen allgemeinen Theorieen. Ihr in den Banden der

Scholastik befangener Geist war noch weniger im Stande, sich über den Ideeenkreis ihrer Zeit zu erheben. Und so wurden denn gerade erst durch sie die modernen und mittelalterlichen Rechtsgedanken zu voller Entfaltung gebracht. Das Recht, welches sie in ihren Schriften als römisches lehren, hat mit dem echten römischen oft nur eine entfernte Aehnlichkeit. Um so besser entsprach es dagegen den Verhältnissen und Anschauungen der Gegenwart. Kein Wunder, dass sich die Praxis mit Vorliebe an diese, obwohl an sich nichts weniger als anziehende, Schriften hielt, und dass die darin enthaltenen Lehren namentlich in Deutschland lange Zeit hindurch gegen das wahre römische Recht, wie es die Franzosen und Niederländer erforschten, das Feld zu behaupten vermochten.

Unter der Herrschaft dieser Richtung machte die Gleichstellung der milites legalis und coelestis militiae mit den milites armatae militiae rasche Fortschritte. Nachdem schon die Glosse das allgemeine beneficium competentiae der letztern und ihre daraus folgende Freiheit von der Schuldhaft auch auf die ersten ausgedehnt, trug man kein Bedenken, mit dem Privileg der Befreiung von der Folter und von schimpflichen Strafen und mit vielen andern Privilegien eben so zu verfahren.[5] Und um die Mitte des 15. Jahrhunderts hatte sich der Grundsatz festgestellt, dass alle Privilegien der milites armatae militiae auch den milites legalis und coelestis militiae zu gute kommen müssten, mit Ausnahme derjenigen, deren Grund auf sie nicht passe, nämlich derjenigen, welche auf der Vermuthung der Rechtsunkenntniss beruhten.[6]

---

5) Vgl. z. B. Cinus, Sup. Cod. in L. Nullus [4] C. ad L. Iul. maiest. 9, 8, in L. Milites [8] C. de quaest. 9, 41 et in L. De tormentis [18] C. eod. nr. 5. Bartolus in L. Filiusf. [8] §. Veterani D. de procur. 3, 3, in L. Miles [42] §. Mulier D. de test. mil. 29, 1 und in L. Miles [6] princ. D. de re iud. 42, 1; ferner den gewöhnlich dem Bartolus zugeschriebenen Tractatus de quaestionibus a. E. Ioannes Faber, Breviar. Cod. ad L. 1 C. de iur. et facti ign. 1, 18 und ad L. Milites [8] C. de quaest. 9, 41.

6) Vgl. Alexander Tartagnus in L. Miles [6] pr. D. de re iud. 42, 1 und in L. Centurio [15] D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 nr. 2—26; bes. nr. 7: „Quarto hic videtur velle Cynus et Salicetus in L. 1 C. de iur. et facti igno. dicentes, quod privilegia concessa militibus extenduntur ad ad-

So hatten denn am Ausgange des Mittelalters die sämmtlichen herrschenden Stände ein entschiedenes eigenes Interesse, dass das römische Recht, natürlich so, wie man es damals auffasste und verstand, mehr und mehr zur Geltung komme. Sollte dieses nicht neben dem Interesse und Bedürfnisse der Städte einen der gewichtigsten Erklärungsgründe für die Reception des römischen Rechtes in Deutschland bilden, die doch gerade in diesen Zeiten vor sich gieng?

§. 78.

Den Commentatoren war es aber noch nicht genug, die milites legalis militiae den milites armatae militiae gleich zu stellen, sondern sie stellten wenigstens eine Klasse der ersten sogar noch über die letzten. Es war keine andere als diejenige, der sie selber angehörten; nämlich die Klasse der *doctores legum*. Wir sind damit bei der Entstehung des Doctorenadels angelangt, und da dieser Punkt einerseits für jeden Juristen von besonderm Interesse sein muss, andererseits aber nur erst sehr unvollständig aufgeklärt ist, so wird mich kein Vorwurf treffen, wenn ich dabei einigermaassen verweile. Zudem ist diese Frage für das Verständniss der Geschichte des castrense peculium gar nicht ohne Erheblichkeit.

---

vocatos, praeterquam privilegia concessa militibus propter praesumptam iuris ignorantiam: arg. l. 2 §. Servius Sulpicius [43] ff. de orig. iur. [1, 2]"; und nr. 15, wo das nämliche von den milites coelestis militiae gesagt wird. Mehrfach wird auch erwähnt, dass diese Sätze allgemein anerkannt seien. Den dabei zu Grunde liegenden Gedanken giebt Alexander in nr. 9 folgendermaassen an: „Utilitas publica est causa privilegiorum militum, — — sed versatur similiter publica utilitas circa exercitium doctorum et advocatorum". Dass aber diese ganze Theorie auch mit dem castrense und quasi castrense peculium immer noch in einer engen Beziehung stand, zeigen nr. 8 und 15. Und besonders deutlich wird es aus folgender Aeusserung des Raphael Fulgosius ad L. Sacrosanctae [34] C. de episc. [1, 3] nr. 2: „Nota et secundo, *ex hac lege* clericos *dici habere quasi castrense peculium et censeri milites inermes. Unde* privilegia competentia militibus armatae militiae etiam competunt clericis, qui dicuntur milites coelestis militiae, et advocatis, qui sunt milites inermes; ita dicit textus et ibi videbitis in L. advocati i. de advoc. divers. iudic."

Wenn die L. 14 C. de advoc. div. iudicior. 2, 7 die advocati nicht minder, als die milites armatae militiae, für milites erklärt, so hatte man, wie aus der oben S. 539 mitgetheilten Stelle des Azo hervorgeht, dieses von Anfang an auf die Rechtsgelehrten überhaupt bezogen. Und vorzüglich mussten natürlich diejenigen einer gleichen Stellung und gleicher Privilegien mit den Rittern für würdig erscheinen, welche die Rechtskenntniss in solchem Maasse besassen, dass sie es wagen konnten, in Bologna als Rechtslehrer, als doctores legum, aufzutreten.

Im Laufe der Zeit veränderte sich aber die Bedeutung des Doctortitels. Dieser Titel hörte auf, die einfache Bezeichnung eines Lehrers zu sein und bildete sich gleich dem Rittertitel aus zu einer persönlichen Würde, welche durch eine besondere Verleihung erworben werden musste.[1] Und zwar lässt sich zwischen beidem ein vollständiger Parallelismus verfolgen. Die Doctorpromotion war ganz entsprechend dem Ritterschlage, der ebenfalls als promotio bezeichnet wurde. Auch geschah sie unter verwandten Feierlichkeiten. Und wie der Rittergrad als die höchste Ehrenstufe im Kriegerstande erschien, so war der Doctorgrad die höchste Ehrenstufe im Stande der Rechtsgelehrten.[2]

Jetzt verstand es sich daher von selbst, dass als miles legalis militiae vor allen Dingen der doctor legum zu betrachten sei, und dass ihm vornehmlich gleiche Auszeichnungen und Privilegien, wie dem Ritter, zukommen müssten. Und noch mehr. Da schon der advocatus, also jeder Rechtsgelehrter überhaupt, dem Ritter gleich stand, so erschien es als etwas in der Natur der Sache liegendes, dass dem doctor legum vor dem einfachen Ritter sogar ein Vorzug gebüre. Bereits bei Bartolus, also in der Mitte des 14. Jahrhunderts, findet sich dieser Gedanke ausgebildet zu der Theorie,

1) Vgl. Savigny, Geschichte des röm. R. im M. A. 2. Ausg. III. S. 205 ff.

2) Dass man beides schon im Mittelalter parallelisierte, zeigt folgende Notiz bei Büsching, Ritterzeit und Ritterwesen I. S. 86: Nach dem Ritter de la Tour (in seinem guidon des guerres) waren „die Ritter in dem Kriegsstande das, was die Magister und Doctoren in andern Wissenschaften waren“, das heisst den höchsten wissenschaftlichen Würden entsprach die höchste kriegerische Würde, der Ritterstand.

dass der Doctor *nobilis* sei, während dem blossen Ritter als solchem noch keine dignitas zustehe.[3]

Ich brauche kaum erst zu bemerken, dass auch diese Lehren in der beliebten Art an das römische Recht angeknüpft wurden. Wenn ich aber angebe, wie dieses geschah, so wird man vielleicht erstaunen, mit welch' grosser und bewusster Freiheit die gering geschätzten Juristen des 14. und 15. Jahrhunderts sich gegenüber dem römischen Rechte bewegten. Und gegenüber dem römischen Rechte nicht nur, sondern auch gegenüber der Glosse, unter deren Herrschaft man sie sich gewöhnlich als vollständig befangen denkt.

Ihre Auslegungen machen freilich unserm Blicke sehr häufig den Eindruck fast kindlicher Naivetät, und wer nicht tiefer eindringt, der kann sich dadurch leicht täuschen lassen. In der That aber waren gerade diejenigen, welche uns am naivsten erscheinen, oft am allerwenigsten naiv. Sie waren vielmehr Erzeugnisse einer eigenthümlichen Gattung juristischer Kunst, auf welche sich ihre Urheber öfters nicht wenig zu gute thun mochten. Und es handelte sich dabei um die völlig bewusste Absicht, die modernen Zeitgedanken und das Rechtsbewusstsein der Gegenwart mit Hülfe des römischen Rechtes und unter dem Gewande einer blossen Auslegung desselben zur Geltung zu bringen.[4]

---

3) Man vergleiche ausser den Stellen, die ich im Verlaufe der Darstellung mittheilen werde, namentlich die Lectura des Bartolus zu der L. 1 C. de dignitat. 12, 1, besonders nr. 44, 45, 46, 48, 61, 63, 83. Dieselbe Theorie findet sich, soweit ich sehe, bei allen spätern Commentatoren, und namentlich im 15. Jahrhundert war sie allgemein anerkannt. Ich erwähne z. B. Angelus Aretinus ad prooem. Inst. in princ. nr. 2 und ad §. ult. I. de test. mil. 2, 11 nr. 6, ferner die ausführliche Erörterung dieser Verhältnisse von Alexander Tartagnus ad L. Centurio [15] D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 nr. 2 — 26. Endlich Iason ad L. Si quis [penult.] C. de pactis 2, 3 nr. 4. — Ebenso der deutsche Jurist Petrus de Andlo, De imp. rom. (c. 1460) lib. II. cap. XI. und cap. XIII. in f. (Ed. Argent. 1612 p. 111, 123).

4) Es war also ein ganz ähnliches Verfahren, wie es die alten römischen Juristen gegenüber den XII Tafeln in der Form und unter dem Titel einer Auslegung dieses Gesetzes anwandten, ein Verfahren, welches Jhering, Geist des röm. Rechts II. §. 44 (2. Aufl. S. 447 ff.) sehr treffend als eine tendentiöse Gesetzesauslegung bezeichnet. Jhering sagt hier (S. 448)

Wie wenig die Commentatoren geneigt waren, selbst nur der Auctorität der Glosse blindlings zu folgen, lässt sich gerade hier ganz offensichtlich erweisen. Denn hier war einer der Fälle, in denen es galt, mit dem Standpunkte der Glosse zu brechen.

Die Glosse macht nämlich zu dem Worte „Igitur" im princ. der const. Summa reipublicae folgende Bemerkung:

„Igitur": cum praedicta duo, scilicet arma et leges, fecerint Romanum populum omnibus aliis nationibus dominari, et sunt duo brachia mundi. Merito ergo Imperator fecit, si habuit curam circa ea; et quare habuerit, dicit, et *primo circa arma tanquam digniora*.

Daraus erhellt, und so ist es auch von den Commentatoren stets aufgefasst worden, dass die Glosse den Beruf des Kriegers über denjenigen des Rechtsgelehrten setzt und folglich dem miles armatae militiae oder miles im vorzüglichen Sinne vor dem miles legalis militiae den Vorrang einräumt.

---

von der alten römischen Jurisprudenz unter anderm folgendes: „Sie beschied sich nicht bloss auszulegen, sondern sie legte unter, sie drehte und deutete das Gesetz, wie sie es haben wollte, sie stellte sich, wenn auch der Form nach unter, doch der Sache nach über das Gesetz. Dass manche ihrer Auslegungen weder den Worten, noch dem Sinn des Gesetzes entsprachen, dass sie mit den Worten des Gesetzes hie und da geradezu ein Spiel trieb, das kann sie sich unmöglich verhehlt haben. Nicht die Frage nach der Richtigkeit der Auslegung, sei es der blossen Worte, sei es des legislativen Gedankens, entschied über die Annahme oder Verwerfung derselben, sondern die Frage von der praktischen Angemessenheit derselben." Diese und die weitern Sätze passen ganz wörtlich und unverändert auch auf die mittelalterliche italienische Jurisprudenz. Und einem jeden, der sich näher mit ihr beschäftigt hat, ist diese Art der Behandlung aufgefallen. Vgl. Briegleb, Geschichte des Executiv-Prozesses §. 5 (2. Aufl. S. 14 fg.), Bruns, Das Recht des Besitzes im Mittelalter und in der Gegenwart S. 250 fg. Dass bei den Italienern der damaligen Zeit am allerwenigsten von Naivetät die Rede sein kann, hat Jakob Burckhardt in seinem anziehenden Buche über die Cultur der Renaissance in Italien überzeugend nachgewiesen. Gerade im Gegentheil war vielmehr kalte verständige Berechnung und ein schrankenloser, in der Wahl der Mittel sehr unbedenklicher Egoismus der hervorstechende Charakterzug jener Zeit. Vgl. besonders Burckhardt S. 89 fg., 96 fg., 428 ff., 455 fg. (2. Aufl. S. 71, 76 fg., 342 ff., 364).

Gegen diese Ansicht erhoben die Juristen des 14. und 15. Jahrhunderts entschiedenen Widerspruch. Auf die Frage der Glosse, wie es denn aber anders zu erklären, dass der Kaiser in der const. Summa reipublicae die Waffen vor den Gesetzen bespreche, darf man wohl die Antwort in folgender ziemlich spöttischer Bemerkung des Bartolus zu der Rubrik des Codextitels de testamento militis 6, 21 erblicken:

> Dicturus de testamentis de testamento militis tanquam nobiliori, sed in ff. postponitur (leg. postposito?), *quia Imperator est miles, ideo praemisit*, sed *Iurisconsulti postposuerunt ideo, quia non sunt milites.*[5]

Zugleich ein recht offenherziges Geständniss, was für Beweggründe damals bei der Aufstellung der Theorie von dem Verhältnisse des Ritterstandes und des Juristenstandes mitspielten.

Diese Theorie wurde aber aufgebaut auf dem Fundamente eines doppelten innern Grundes. Nämlich erstens der Erwägung, dass die Gesetze für das Gemeinwesen nothwendiger seien, als die Waffen, und folglich auch die Juristen nothwendiger, als die Ritter.[6] Und zweitens des an sich grossartigen und in dem damaligen Italien allgemein verbreiteten Gedankens, dass wissenschaftliches Verdienst den Menschen adle, und dass dieser selbsterworbene Adel höher stehe, als der von den Eltern ererbte.[7] Dieser zweite Grund kam namentlich den Doctoren zu gute. Er rechtfertigte es, ihnen nicht allein einen Vorzug vor den Rittern,

5) Ueber die geringe Achtung, deren damals in Italien der Kaiser genoss, vgl. Burckhardt S. 15 ff. (2. Aufl. S. 13 ff.)

6) Vgl. schon Bartolus ad L. Advocati [14] C. de advoc. div. iudicior. 2, 7: „Breviter dicit, quod advocati dicuntur in legibus militare, sicut milites armis, et *magis sunt necessarii reipublicae, quam milites*". Ferner Angelus Aretinus ad prooem. Inst. verb. Imperatoriam in princ. und andere. Vgl. auch Petrus de Andlo, De imp. rom. lib. II. cap. 13 in f.

7) Der Zug der Zeit gieng damals in Italien überhaupt dahin, gar keinen Geburtsadel mehr anzuerkennen, sondern nur noch eine Nobilität des persönlichen Verdienstes. Burckhardt S. 355 ff. (2. Aufl. S. 283 ff.). Auch hier also spiegeln sich in der Theorie der Juristen nur die allgemeinen Anschauungen ihrer Zeit, und schwerlich wird man diese Anschauungen irgendwo besser und vollständiger dargelegt finden, als in der schon erwähnten Lectura des Bartolus über die L. 1 C. de dignitat. 12, 1.

sondern geradezu die Stellung und die Ehren der Adeligen zuzuschreiben.

Zum Belege berief man sich auf die Aeusserung in der L. 7 C. de postul. 2, 6:

> Providendum est, ne hi quos in foro aut *meritum nobilissimos* fecerit, aut vetustas, in una parte consistant rel.

Ferner auf die L. 2 in f. und die L. 4 in f. D. de excusat. tut. 27, 1, wo nach der alten lateinischen Uebersetzung Ulpian in der ersten Stelle nobilis, in der zweiten nobilissimus genannt wird. Drittens auf die Gerichtsbarkeit, welche nach der Auth. Frid. Habita C. ne filius pro patre 4, 13 und der const. Omnem reipublicae §. 10 in f. den Doctoren, und insbesondere den legum professores, über die Scholaren zustehe. Endlich darauf, dass ein Doctor nach zwanzigjähriger Lehrthätigkeit ja sogar den Rang eines Grafen und Fürsten erlange. (Vgl. S. 541 fg.)

So bemerkt schon Cinus zu der L. 7 C. cit.:

> Nota, quod meritum scientiae nobilitat hominem. Ad hoc facit, quod Ulpianus iurisconsultus vocatur nobilis non propter genus, sed propter abundantiam meriti scientiae: ut ff. de excu. tu. l. II. §. ult. — — Unde qui meruit sua virtute nobilitatem habere, *magis dicitur nobilis*, quam ille, qui descendit ex nobili genere, quia ex genere non est aliquis nobilis, nisi praesumptive, — — et plus commendari potest quis in eo, quod a se quaerit, quam in eo, quod ex parentibus habuit, — — et Cato dixit: scientia nobilitat animum.[8]

---

8) Bereits in der glo. Nobilissimos ad L. 7 C. cit. heisst es: „Nobilissimos“: id est discretissimos iudices; potes etiam hic notare, quod scientia nobilitat, si *proprie* accipis „nobilissimos“. Vgl. auch glo. Suppleat ad L. 5 D. pro socio 17, 2: „arg. pro bene literatis, quod ita ut nobiles recipiantur in canonicos“ und glo. Necessitas ad Clem. un. de baptismo 3, 15: „Hic comparantur nobilitas et necessitas, alibi *nobilitas et literatura*“. Ferner cap. De multa [28] in f. X de praeb. 3, 5 (Innoc. III. a 1216): „circa sublimes tamen et *literatas personas*, quae maioribus beneficiis sunt honorandae“ rel. und glo. Literatas ad h. l. verb.: „Et ita *scientia nobilitat hominem*“. — In ähnlicher Weise, wie Cinus, spricht sich von den spätern z. B. Lucas de Penna ad L. Mulieres 13 C. de dignitat. 12, 1 verb. „Nobilitamus“ aus. Ferner Angelus Aretinus ad Pro-

Und Bartolus ad const. Haec quae necessario nr. 10 bejaht die Frage, ob der Doctorat eine dignitas sei, mit folgender Begründung:

Dico, quod doctoratus est dignitas. Casus est ex. de magist. [5, 5] c. quanto [3]. Hoc etiam apparet, quia doctor habet iurisdictionem ordinariam in scholares, ut auth. habita i. ne fi. pro pat. et in I. constitutione fforum §. fi. Sed habere istam iurisdictionem est dignitas, quod ex eo apparet, quia ab ea alias repelluntur infames, ut l. cum praetor [12] ff. de iudi. [5, 1]. Fateor tamen, quod non est illustris, ut in rubr. ff. [i. e. const. Omnem reipublicae]. Sed si legisset per XX annos, tunc esset comes sacri palatii, vel saltem clarissimus.

Während man aber sonach den doctores, bei welchen man zunächst an die Rechtslehrer dachte,[9] eine dignitas und damit den Rang und die Stellung der Adeligen zuschrieb, sprach man sie den einfachen Rittern ab, gestützt auf die L. 7 C. qui milit. poss. 12, 34 und auf die L. 1 C. de equestri dign. 12, 32, nach welcher bloss die milites urbis Romae ausnahmsweise eine dignitas hätten.[10] Dieses erhellt aus nachstehender Aeusserung des Bartolus ad L. Ex eo [43] D. de test. mil. 29, 1 nr. 3 und 4, die zugleich als ein weiterer Beleg für das früher gesagte dienen kann:

Quaero, utrum miles habeat dignitatem. Resp. non: l. pe. C. qui non pos. mil. lib. XII. et de eques. dig. l. I. eo. lib. Et sic ista similia (nämlich einige von der Glosse zu der Stelle als analog angegebene Fälle) nihil habent commune cum milite, quia praedicti sunt in dignitate. Item adducit glossa simile in magistro, intellige aliarum artium. Sed quid in

---

oem. Inst. verb. Imperatoriam in princ. et nr. 2; Alexander Tartagnus in L. Centurio [15] D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 nr. 10 und andere.

9) Savigny, Gesch. des röm. R. im Mittelalter 2. Ausg. III. S. 207 und die sogleich im Texte folgende Stelle des Bartolus.

10) Vgl. Bartolus ad L. 1 C. de dignit. 12, 1 nr. 61, 83. — Der deutsche Jurist Petrus de Andlo, De imp. rom. lib. II. cap. 13 in f. setzt statt der milites urbis Romae die milites Imperii. Die „militia aliorum extra imperium romanum" gelte „de iure" nicht als dignitas, wiewohl „de consuetudine" das Gegentheil beobachtet werde.

doctore? Dic, ut solet notari in l. constit. Digest. veteris, ubi doctor appellatur illustris; sed si legerit per XX annos, consequitur dignitatem comitivam.

Von den spätern Commentatoren wurden diese Lehren nicht nur festgehalten, sondern sogar noch weiter ausgebildet. So schreibt Lucas de Penna, der hierin freilich am weitesten geht, in seiner Lectura super tribus libris Codicis (begonnen im Jahre 1348) ad L. un. C. de profess. qui in urbe Const. 12, 15 s. fin. und ad L. Mulieres 13 C. de dignit. 12, 1 verb. „Nobilitamus", dass den doctores legum nach Fug und Recht die höchste Stufe des Adels (prima nobilitatis species — primus nobilitatis gradus) zukomme. Sie müssten deshalb von allen geehrt, und dürften von keinem, selbst von den höchsten nicht, fratres, sondern nur domini genannt werden. Freilich bezeichnet er das selbst bloss als etwas, was der Gebür nach (iuxta rei debitum) so sein müsste, und giebt zu, dass es thatsächlich nicht in Geltung bestehe. Julius Caesar aber, so belehrt er uns am Ende der erst genannten Stelle, habe durch den Umsturz des Staatswesens auch den Glanz der Rechtswissenschaft vernichtet und dadurch die Stellung der Doctoren geschädigt. Und so seien sie auch heute „in regno veluti profani deiecti, in derisum habiti et contemptum".

Wie weit diese letzte Aeusserung wörtlich zu nehmen, lässt sich schwer bestimmen; denn die Menschen pflegen schon dann über Missachtung und Geringschätzung zu klagen, wenn ihre übertriebenen Ansprüche keine Anerkennung finden. Jedenfalls ist aber nicht zu übersehen, dass sich die Aeusserung ihrem Wortlaute nach nur auf das Königreich Neapel bezieht, und dass sie also höchstens einen Schluss auf die dortigen Zustände erlauben könnte, die in vielen Stücken von denjenigen des übrigen Italiens verschieden waren.[11]

Für das nördliche Italien und namentlich für Bologna steht es unzweifelhaft fest, dass die Ansprüche der Doctoren keineswegs erfolglos blieben. Und sehr begreiflich. Sahen sich doch

11) Ueber die specifische Bedeutung des Ausdruckes regnum in dem Munde eines Neapolitaners, wie Lucas de Penna einer war, vergleiche man Savigny Gesch. des röm. R. im M. A. 2. Ausg. VI. S. 199 Note b.

die Gewaltherrscher des 14. und 15. Jahrhunderts zum Ersatze des Mangels der Legitimität auf ein enges Bündniss mit den Künstlern und Gelehrten, vornehmlich mit den Rechtsgelehrten, angewiesen.[12] Und was Bologna anlangt, so beruhte ja der Glanz und die Bedeutung dieser Stadt hauptsächlich auf ihrer Universität, vor allen Dingen aber auf ihrer weltberühmten Rechtsschule. Wenn irgend eine Stadt, so hatte daher sie alle Ursache, ihren Universitätslehrern und besonders den Rechtslehrern eine geehrte und ausgezeichnete Stellung einzuräumen. Hier fanden also die Theorieen der Commentatoren von vornherein einen günstigen Boden und konnten überdies an manches schon längst bestehende anknüpfen.[13]

Dass aber diese Theorieen hier wirklich zur Geltung gelangten, dafür genügt zum ausreichenden und unanfechtbaren Beweise der Umstand, dass nach der Provisio vom 15. September 1301 die doctores decretorum et legum bei feierlichen Aufzügen unmittelbar hinter den höchsten obrigkeitlichen Personen: dem Podestà, dem Capitaneus und den Antiani consules, gehen, und dass dann erst die milites und proceres civitatis folgen sollten.[14]

---

12) Vgl. Burckhardt S. 6 fg., 206 (2. Aufl. S. 5 fg., 164).

13) Vgl. Savigny, Gesch. des röm. R. im M. A. 2. Ausg. III. S. 90 fg., 201.

14) Statuta civilia et criminalia Civitatis Bononiae Tom. II. (Bononiae 1737) p. 332. Vgl. auch Baldus in prooem. Dig. nr. 62 und Alexander Tartagnus in L. Centurio [15] D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 nr. 10. Dieser hohe Rang der Doctoren erhielt sich zu Bologna bis in die neuesten Zeiten, wie theils aus der angeführten Stelle der Statuta, theils aus folgender bei Savigny III. S. 235 Note a mitgetheilter Stelle der Informazione alli forestieri (Bologna 1791 16°.) p. 57 erhellt: „sono — — considerati — — di condizione eguale ai Magistrati, e fatti precedere a tutti gli ordini de' Cittadini, ed allo stesso Senato, *vedendosi dalli statuti della città posti ne' primi ranghi di nobiltà*, ed ascritti ai supremi magistrati". Man kann übrigens, wenn man auf das Datum der angezogenen Provisio achtet, hier wiederum bemerken, dass schon Bartolus gar nichts anderes lehrt und aus dem römischen Rechte ableitet, als dasjenige, was in Bologna bereits in Geltung war. Sehr leicht möglich daher, dass jene Theorieen erst durch dieses Bologneser Statut ihren Anstoss erhalten haben; denn natürlich wollten jetzt die Doctoren an den übrigen italienischen Universitäten denen zu Bologna nicht nachstehen.

Die Frage wegen des Vortrittes spielte damals überhaupt eine grosse Rolle und wurde von den Juristen sorgfältig erörtert. Für uns ist dabei das wunderbarste und seltsamste, dass selbst über Fragen dieser Art das Corpus iuris entscheiden sollte. Als entscheidende Stelle benutzte man aber die L. 1 C. de off. vic. 1, 38. Man folgerte daraus, dass bei Acten, welche mit dem Amte des miles zusammenhiengen, dem miles, bei solchen, welche mit dem Amte des Doctors zusammenhiengen, dem Doctor der Vorrang gebüre. Bei Acten von gemischter oder indifferenter Natur müsse jedoch der Doctor als vornehmer (nobilior) vorgehen, zumal da dem einfachen miles gar keine dignitas zukomme (S. 553), und in dem prooem. Inst. §. 3 die ausgezeichneten Doctoren sogar antecessores des Kaisers genannt würden.[15]

Noch genauer bestimmt Alexander Tartagnus zu der L. Centurio [15] D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 nr. 14 vbd. nr. 10 die Rangordnung bei dergleichen gemischten Acten. Die erste Stelle sollten nämlich einnehmen die doctores ad latus principis militantes, die zweite die milites, welche entweder ad latus principes militantes[16] oder equites Romani seien. An dritter Stelle sollten folgen die doctores excellentes, qui non sunt ad latus principis, an vierter die einfachen milites und an fünfter endlich die doctorati.

Dieses wirft gewiss ein gar nicht uninteressantes Licht auf die Vorstellung, welche in Italien um die Mitte des 15. Jahrhunderts von den Rangverhältnissen bestand. Namentlich sieht man daraus, dass die Commentatoren keineswegs einem jeden, der den juristischen Doctorgrad erlangt hatte, den Vorrang vor den Rittern und den Adel zuschrieben, sondern nur denjenigen Doctoren, welche entweder durch ihre äussere Stellung oder durch ihr Wissen besonders ausgezeichnet waren. Die doctorelli sollten, wie Alexander in nr. 10 mit Berufung auf Baldus ausdrücklich

15) Vgl. z. B. Angelus Aretinus in prooem. Inst. princ. nr. 2, §. Cumque hoc nr. 1, in §. Sciendum I. de test. mil. 2, 11 nr. 6. Ebenso der deutsche Jurist Petrus de Andlo, De imp. rom. lib. II. cap. 13 in f.

16) Vgl. hiezu Ficker, Forschungen zur Reichs- und Rechtsgeschichte Italiens II. §. 261 Note 3 (S. 104).

erklärt, den Rittern nicht vorgehen: eine Abgrenzung, welche für den in den damaligen Verhältnissen lebenden wahrscheinlich bei weitem nicht so unsicher war, als sie uns erscheinen muss.[17] Und ohne Zweifel war Alexander mit Angelus Aretinus (ad prooem. Inst. princ. nr. 2) wenigstens darüber einverstanden, dass einem Doctor, der zugleich wirklicher Rechtslehrer sei (einem doctor legens), allemal der Vorzug vor dem Ritter zukomme.[18] Jedenfalls aber sollte auf die Privilegien der Doctoren und Advocaten nur derjenige Anspruch haben, der wirklich als Doctor oder Advocat thätig sei, nicht derjenige, der nichts weiter, als den blossen Titel eines Doctors oder Advocaten führe.[19]

Die Privilegien, welche man auf diesem Wege für die Doctoren gewann, waren in keiner Weise verächtlich. Zusammenstellungen geben Angelus Aretinus ad §. Item Romae I. de excus. tut. 1, 25 nr. 3 und namentlich Alexander Tartagnus in den Vorbemerkungen zu der Lectura des Bartolus über die L. 1 C. de dignitatibus 12, 1 nr. 1—33. (§. 75 Anm. 17.)

Ob und wie weit auch die Doctoren anderer Wissenschaften an diesen Privilegien Theil hätten: diese Frage habe ich nur selten erörtert gefunden. Angelus Aretinus, der sie berührt (ad prooem. Inst. princ. nr. 2), spricht, gestützt auf die L. 1 C. de profess. qui in urbe Constant. 12, 15, auch ihnen den Vorrang vor den Rittern zu, vorausgesetzt jedoch, dass sie an einem studium generale wirklich als Lehrer in Thätigkeit seien. Doch war man stets darüber einig, dass die wirklich lehrenden doctores legum allen übrigen Professoren im Range vorgiengen. Um desto mehr, als sich zu Gunsten dieses Satzes sogar schon ein Ausspruch der Glosse anführen liess.[20]

17) Wir dürfen dieses schon daraus schliessen, dass Jason ad L. pen. C. de pact. 2, 3 nr. 4 dem Worte doctorelli beisetzt: „qui proprie vocantur *doctores pedani*".

18) Vgl. Savigny, Gesch. des röm. R. im M. A. 2. Ausg. III. S. 231.

19) Angelus Aretinus ad §. Item Romae I. de excus. tut. 1, 25 nr. 3 sub fin., Alexander Tartagnus l. c. nr. 17.

20) Glo. Professores ad prooem. Dig. s. fin., Alexander Tartagnus in Lect. Bart. ad L. 1 C. de dignit. nr. 20. Nicht immer und nicht überall scheint indessen dieser Anspruch der Juristen unbestritten anerkannt worden zu sein. Man vergleiche z. B. die ergötzliche Ausführung

Gar nichts habe ich bei den Commentatoren über das Verhältniss der Doctoren zu den Geistlichen finden können. Vielleicht, dass man vorläufig die Unmöglichkeit einsah, einen Vorrang vor ihnen durchzusetzen, und dass man es deswegen für rathsam hielt, die Frage lieber einstweilen ganz offen zu lassen.

Um wieder auf das Verhältniss der Doctoren zu den Rittern zu kommen, so nahm man um so viel weniger Anstand, jenen den Vorzug vor diesen beizumessen, als sich sogar der Zweifel erhoben hatte, ob den milites der damaligen Zeit die Privilegien der römischen milites überhaupt dürften zugeschrieben werden. Dieser Zweifel lässt sich bis in das Speculum des Durantis (Ende des 13. Jahrhunderts) zurückverfolgen, und er wurzelte seinem letzten Grunde nach in der Verschwendung, die schon im 13. Jahrhundert mit der Austheilung der Ritterwürde getrieben ward, und in der unkriegerischen oder sonst unritterlichen Lebensweise, der sich viele, welche den Rittertitel führten, ergaben. Dieses zeigen die Erwägungen, aus denen Durantis verneint, dass es noch jetzt milites vergleichbar den römischen gebe, auf welche die Privilegien der letztern anwendbar seien. Das römische Recht, sagt er, habe privilegieren wollen diejenigen, bei denen sich die im Corpus iuris angegebenen Erfordernisse eines miles fänden, die namentlich einen Eid leisteten, dass sie den Tod für das Gemeinwesen nicht scheuen wollten, und die wirklich eine kriegerische Beschäftigung, nicht aber Gewerbe oder Sachwalterschaft trieben. Dergleichen echte milites seien aber nicht mehr vorhanden.[21]

---

des Lucas de Penna zu der rubr. tit. C. de professoribus et medicis 10, 52, warum die Medicin nicht für vornehmer und nicht einmal für eben so vornehm angesehen werden dürfe, als die Jurisprudenz. Wir lernen daraus unter anderm, dass die Mediciner der Jurisprudenz vorwarfen, sie habe kein Subject und verdiene daher den Namen einer Wissenschaft nicht.

21) Man vergleiche folgende Stellen des Speculum: Lib. I. tit. de accusatore nr. 19, tit. de procuratore §. 1 nr. 21, tit. de teste §. 11 (Restat) nr. 4 verb.: In testamentis conditis a militibus reipublicae sufficiunt quandoque duo (sc. testes), quandoque unus; sed *hos milites hodie non habemus, quare illud cessat.*

Die meisten spätern wollten jedoch die Unanwendbarkeit jener Privilegien auf die modernen milites nicht so unbedingt gelten lassen. Ueber den Einwand, dass den letztern die Merkmale abgiengen, welche nach dem römischen Rechte zu einem miles erfordert würden und in der Glosse zu der L. pen. D. ex quib. c. mai. 4, 6 verzeichnet stünden (S. 532 ff.), setzte sich schon Cinus (ad L. 1 C. de iur. et facti ign. 1, 18 nr. 10) hinweg mittels der Erwiderung, dass die Formen, von deren Beobachtung früher die Erlangung der Eigenschaft eines miles abgehangen, durch die allgemeine Gewohnheit der ganzen Welt aufgehoben seien. Diese Gewohnheit kenne und dulde der Kaiser. Ja noch mehr; er selbst creiere milites nach Maassgabe der modernen Uebung und spreche damit stillschweigend ihre Billigung aus. Also könne die veränderte Form kein Grund sein, den Wegfall der alten Wirkung zu behaupten. Es komme vielmehr nach der richtigen Bemerkung des Jacobus de Ravanis nur darauf an, ob und wie weit die Rücksichten, auf welchen die einzelnen Privilegien der milites beruhten, noch bei den modernen milites zuträfen. So weit dieses der Fall, müsse man ihnen auch die entsprechenden Privilegien zuerkennen. In Ansehung derjenigen milites, die sich mit den Waffen befassten und zur Vertheidigung des Staates oder Königes oder ihres Herrn bereit stünden, wie z. B. die in Apulien stehenden milites, könne man sagen, dass sie der militärischen Privilegien theilhaft seien. „Quod raro de *nostris* militibus dici potest, qui vacant mercaturis et negotiis privatorum; et multi reperirentur, qui nescirent se armare et qui vilissimas artes exercuerunt; et demum cinguntur ense, balneantur aqua et antecedunt in potu et in honore pellis varii et deauratorum calcarium, cum quadam praerogativa reverentiae salutantur, et satis in hoc privilegio gaudent, de aliis privilegiis militaribus non sunt digni.“

Wer sind die nostri milites, von denen eine so wenig vortheilhafte Schilderung gemacht wird? Stünde es fest, an welchem Orte Cinus in den Jahren 1312—1314 seinen Commentar über den Codex geschrieben, so würde sich die Antwort leicht und von selbst ergeben. Nun lässt aber Savigny, Geschichte des röm. Rechts im Mittelalter 2. Ausg. III. S. 80 völlig unentschie-

den, ob dieser Ort Neapel, oder aber Pistoja, die Vaterstadt des Cinus, gewesen. Man könnte also schwanken zwischen den neapolitanischen und den florentinischen Rittern.

Indessen entwirft Lucas de Penna, der nur etwa 40—50 Jahre später schrieb, von den neapolitanischen Rittern ein ganz anderes Bild. Nicht als eitle, aber harmlose und friedliche Gewerbs- und Kaufleute stellt er sie hin, sondern als rohe, wilde und grausame Raubgesellen, welche nichts heiliges kennen und die ihre Waffen mit Vorliebe gegen wehrlose Priester, Bauern und Kaufleute kehren.[22]

Um so vortrefflicher passt dagegen die Schilderung des Cinus auf die florentinischen Ritter der damaligen Zeit. Denn sie stimmt vollständig zusammen mit derjenigen, welche Jakob Burckhardt in seinem Buche über die Cultur der Renaissance in Italien S. 361 fg. (2. Aufl. S. 288 fg.) nach andern, nicht juristischen Quellen von diesen Rittern giebt. Auf dass man die Uebereinstimmung recht anschaulich habe, will ich aus Burckhardt's Darstellung folgendes Stück hierhersetzen.

> Eine besondere Art von Rangsucht kreuzt namentlich bei den Florentinern den gleichmachenden Cultus von Kunst und Bildung auf eine oft komische Weise; es ist das Streben nach der Ritterwürde, welches als Modethorheit erst recht in Schwung kam, als es bereits jeden Schatten von eigentlicher Geltung eingebüsst hatte.
>
> „Vor ein paar Jahren", schreibt Franco Sacchetti gegen Ende des XIV. Jahrhunderts, „hat Jedermann sehen können, wie sich Handwerker bis zu den Bäckern herunter, ja bis zu den Wollekratzern, Wucherern, Wechslern und Halunken zu Rittern machen liessen. Weshalb braucht ein Beamter, um als Rettore in eine Landstadt gehen zu können, die Ritterwürde? Zu irgend einem gewöhnlichen Broderwerb passt dieselbe vollends nicht. O wie bist du gesunken, unglückliche Würde! Von all der langen Liste von Ritterpflichten thun diese Ritter das Gegentheil. Ich habe von

22) Lucas de Penna in L. His quidem 5 C. qui milit. poss. 12, 33 verb. Ordinis und in L. 1 C. de re milit. 12, 35 in f.

diesen Dingen reden wollen, damit die Leser inne werden, dass das Ritterthum gestorben ist (che la cavalleria è morta). So gut wie man jetzt sogar Verstorbene zu Rittern erklärt, könnte man auch eine Figur von Holz oder Stein, ja einen Ochsen zum Ritter machen." — Die Geschichten, welche Sacchetti als Beleg erzählt, sind in der That sprechend genug. Da lesen wir, wie Bernabò Visconti den Sieger eines Saufduells und dann auch den Besiegten höhnisch mit jenem Titel schmückt, wie deutsche Ritter mit ihren Helmzierden und Abzeichen zum Besten gehalten werden u. dgl. Später moquiert sich Poggio über die vielen Ritter ohne Pferd und ohne Kriegsübung. Wer die Ehrenrechte des Standes, z. B. das Ausreiten mit Fahnen, geltend machen wollte, hatte in Florenz sowohl gegenüber der Regierung, als gegen die Spötter eine schwere Stellung.

Sehr begreiflich, dass man Rittern dieser Art die Privilegien der römischen milites nicht zuzugestehen geneigt war. Dürfen wir aber schon im Hinblicke auf diese Stelle aus Burckhardt unbedenklich annehmen, dass die Schilderung des Cinus sich auf die florentinischen Ritter beziehe, so berechtigt uns zu dieser Annahme vollends der Umstand, dass von Bartolus, dem Schüler des Cinus, und von Baldus die Ritter, welche Cinus beschreibt, denen es mehr um Kaufmannschaft und Gewerbe, als um kriegerischen Ruhm zu thun sei, und die den Rittertitel bloss des Prunkes wegen führten, geradezu als die milites Florentini bezeichnet werden.[23] So scheint denn nun auch die Frage nach dem Orte, wo der Commentar des Cinus verfasst sei, und zwar zu Gunsten von Pistoja, ihre Entscheidung zu erhalten.

---

23) Bartolus in L. ult. C. de iurisd. omn. iud. 3, 13 nr. 3, 4: „Intellige hoc de quadam militia inermi; non enim iurabant, se non evitaturos mortem pro republica, sed aliam militiam assumebant, ut faciunt *milites Florentini*, qui militant causa honoris, nihilominus mercantiam exercent et dicuntur populares". Baldus in L. In testamento [6] C. de test. mil. 6, 21 nr. 17: „Quaeritur, utrum ista lex habeat locum in *militibus Tusciae et maxime Florentinis*, qui student magis mercationibus, quam gloriae militari; et dic, quod non, quia isti non militant causa reipublicae, sed ad pompam".

Von den jüngern Commentatoren schloss sich, soviel ich sehe, die überwiegende Mehrzahl der Ansicht des Cinus an. Namentlich gilt dieses von Bartolus, Baldus, Johannes Faber, Bartholomaeus a Novaria, Salicetus, Alexander Tartagnus und Jason.[24] Doch wollten die drei letzten auch den modernen milites aurati, selbst wenn sie Müssiggänger oder Kaufleute seien und sich mit den Waffen nicht abgäben, wenigstens das Privileg der Freiheit von der Folter belassen.

Daneben stand aber immer noch eine strengere Meinung, welche im Sinne des Speculum die milites der Gegenwart überhaupt nicht für wahre milites anerkannte. Einige wollten nicht einmal in Ansehung derjenigen eine Ausnahme machen, welche eine Befehlshaberstelle bekleideten und den militärischen Beruf wirklich ausübten.[25] Andere sprachen diesen zwar die Eigenschaft wahrer milites zu, erklärten aber ihre militia für eine nicht privilegierte, so dass sie sich bei ihren Rechtsgeschäften nach dem ius commune richten müssten.[26]

Zur Entstehung dieser strengern Meinung hat gewiss nicht unerheblich der Umstand beigetragen, dass in Italien seit dem 11. Jahrhundert die Kriege mehr und mehr und zuletzt ausschliesslich mittels gedungener Söldnerheere geführt wurden. Durch die Fortschritte der Philologie und Alterthumskunde musste man sich überzeugen, dass die altrömischen milites weit mehr

---

24) Bartolus in L. 1 C. de iur. et facti ignor. 1, 18 nr. 14, in L. Filiusf [8] D. de procur. 3, 3 nr. 1, 2, in L. Militem [7] C. de procur. 2, 12; Baldus in L. 1 C. de iur. et facti ignor. nr. 8, in L. In testamento [6] C. de test. mil. 6, 21 nr. 17 und in L. 1 C. qui bon. ced. poss. 7, 71 nr. 11; Io. Faber in rubr. tit. I. de milit. test. 2, 11 nr. 4; Bartholomaeus a Novaria (vulg. Bartolus) in pr. I. de milit. test. 2, 11 nr. 2; Salicetus in L. 1 C. de iur. et facti ign. 1, 18 nr. 8; Alexander Tartagnus in L. Centurio [15] D. de vulg. et pup. subst. 28, 6 nr. 20 — 25; Iason in L. 1 C. de iur. et facti ign. 1, 18 nr. 7.

25) Hierhin gehört namentlich Angelus Aretinus († c. 1451) in §. Plane I. de test. mil. 2, 11 nr. 3 und in prooem. I. princ. nr. 2. Zu dem §. Item maior I. de excus. tut. 1, 25 nr. 2, 3 spricht er sich freilich wieder mehr im Sinne des Salicetus aus.

26) So z. B. Johannes de Platea (Anfang des 15. Jahrhunderts) in pr. I. de mil. test. 2, 11 nr. 2.

diesen Söldnern entsprächen, als den damaligen unkriegerischen Rittern, die man sich allmählich gewöhnte, mit den altrömischen equites zu vergleichen und mit diesem Namen zu benennen.[27] Jenen charakterlosen und übel berüchtigten Miethsoldaten aber, die für Geld und die Aussicht auf Beute bereit waren, jede, selbst die schlechteste Sache zu verfechten, konnte man unmöglich geneigt sein, die weitgehenden Privilegien der römischen milites beizulegen, Privilegien, welche man im Mittelalter stets nur als Auszeichnungen besonders verdienter, angesehener und hochgestellter Personen betrachtet hatte. Da nun auch die Ritterwürde tief in der Achtung gesunken war, so mochte es vielen als das angemessenste erscheinen, jene Privilegien den sämmtlichen milites der Gegenwart, sowohl denen der einen, als denen der andern Art, gleichermaassen zu versagen.[28]

Doch drang diese Ansicht nicht durch. In der Mitte des 16. Jahrhunderts sprach man, ohne Zweifel im Anschlusse an die Meinung des Bartolus, Alexander und Jason, zwar den equites aurati die Privilegien der milites ab, trug aber kein Bedenken, sie den Miethsoldaten zuzuerkennen. Dieses ergiebt sich aus einem im Jahr 1544 geschriebenen Zusatze des Antonius Caius zu dem Commentar des Angelus Aretinus über das prooemium Inst. in princ. (Augustae Taurin. 1578 fol. 4 col. I.). Da die Stelle ein interessantes Licht wirft auf die Art, wie sich die Verhältnisse damals entwickelt hatten, und da wir einer ganz ähnlichen Entwickelung in Deutschland begegnen werden, so

27) Man vergleiche z. B. die bei Savigny, Gesch. des röm. Rechts im M. A. 2. Ausg. VI. §. 111 not. k (S. 404 fg.) abgedruckte Stelle aus Jovius und die ebendaselbst Note o (S. 406) abgedruckte aus Paul. Picus, beide Zeitgenossen des Jason.

28) Dass diese Rücksichten wirklich mit im Spiele waren, erhellt aus folgender Aeusserung des Angelus Aretinus ad §. Sciendum I. de test. mil. 2, 11 nr. 6: Für den Vorrang des Doctors vor dem miles lasse sich anführen, dass die militia gar keine dignitas sei. Wäre sie aber auch eine dignitas, so erschiene sie doch nicht als eine gute; „nam legitur, quod non est liber a laqueis diaboli, qui mundanae militiae se involvit. — — Et si hoc unquam fuit, est temporibus nostris; tot et tanta mala committunt hodie stipendiarii: tu bene scis et Tusciae regnum et Apuliae, et etiam Lombardia bene sensit et quotidie sentit“.

will ich sie, so weit sie von einiger Erheblichkeit ist, hier mittheilen. Antonius Caius schreibt folgendes:

Miles dicitur, qui armatae militiae deditus est pro suorum, principis vel reipublicae tuitione et defensione: toto ti. de mil. test. C. et in Pandectis. Militum autem tria sunt genera: quidam gaudentes, vulgo bravi nuncupati,[29] et quidam creati, qui et deaurati dicuntur, qui alto supercilio incedentes sola cauda aurea gloriantur: et isti privilegiis militaribus non gaudent; quidam caligati, Gregarii, pedites et equo militantes, et hi privilegiis gaudent militaribus, qui pro suo principe suave republica mortem obire parati sunt, ut hoc anno sesquimillesimo quadragesimo quarto et a festo Pasche apud Serizolam in montium radicibus et in Campania apud sanctum Nazarium, ubi tot strenui milites viam carnis universe intraverunt.

So waren, wie sich die Art der Kriegführung verändert und das frühere Vasallen- und Ritterheer in ein Söldnerheer verwandelt hatte, in ganz allmählichem Uebergange auch die Privilegien der milites aus Privilegien der Ritter zu Privilegien der Miethsoldaten geworden.

---

29) Die milites oder fratres gaudentes, eigentlich milites beatae Mariae Virginis gloriosae, waren ein Ritterorden mit mönchsartiger Regel, der aus geistlichen und Laienbrüdern bestand und auch verheirathete, ja sogar weibliche Mitglieder nicht ausschloss. Er wurde im Jahre 1261 zu Bologna von Loderingo d'Andalò gegründet, vornehmlich zu dem Zwecke der Beschwichtigung der Parteistreitigkeiten, welche damals seine Vaterstadt zerrissen. (Vgl. Savigny, Geschichte des röm. Rechts im M. A. 2. Ausg. III. S. 142.) Weitere Aufgaben waren die Bekämpfung der von Frankreich her eingedrungenen Albigensischen Ketzerei und der Schutz der Unmündigen, Wittwen, Armen und Fremden. Der Orden verbreitete sich rasch über Mittel- und Oberitalien, und seine Sitze waren in sechs Provinzen eingetheilt, deren jede von einem Prior regiert wurde. Lange Zeit und bis zum Ende des 15. Jahrhunderts stand er in hoher Blüthe. Im 16. Jahrhundert verfiel er dem Siechthum, und zuletzt löste er sich von selbst auf. In Bologna endigte er mit dem Tode des Priors Camillo Volta im Jahr 1589. — Ich entnehme diese Notizen folgender kleiner Schrift: Cronaca di Ronzano e memorie di Loderingo d'Andalò, frate gaudente (Bologna 1851) p. 22—31 und Note 83 (p. 95). In der Note 64 (p. 90) wird ein eigenes Buch über die Geschichte des Ordens genannt: Federici, L'istoria dei cavalieri Gaudenti II vol. in 4°. Venezia 1788.

§. 79.

Ich habe bisher die Lehren der Glossatoren und Commentatoren von dem Begriffe und den Arten der militia und der milites so dargestellt, wie man sie bei einer nicht sehr sorgfältigen Betrachtung in ihren Schriften ausschliesslich findet. Unter den milites armatae militiae oder milites in einem vorzüglichen Sinne verstehen sie durchweg die Ritter, unter den milites inermis militiae durchweg nur die Geistlichen, die Rechtsgelehrten und später namentlich die Doctoren der Rechte, dann auch die Doctoren anderer Wissenschaften. Wie indessen der Begriff des miles armatae militiae mit der Zeit auf die gedungenen nicht dem Ritterstande angehörigen Söldner ausgedehnt wurde, so lässt sich bei einer genauen Untersuchung auch eine erweiterte Beziehung des Begriffes der inermis militia entdecken. Im Anschlusse an den Sprachgebrauch des Corpus iuris verstand man nämlich unter militia in einem weitern Sinn überhaupt den öffentlichen Dienst.[1] Demgemäss schreibt z. B. Azo in der Lectura ad L. 2 C. de sportulis et sumt. 3, 2 auch den executores, das heisst den Gerichtsdienern, eine inermis militia zu. Und dem Amte der Notarien oder Tabellionen konnte die Anerkennung als inermis oder literata militia schon darum nicht wohl vorenthalten werden, weil in der L. 8. C. de prox. sacr. scrin. 12, 19 in Ansehung der scriniarii ganz ausdrücklich von einer literata militia die Rede ist, die scriniarii des Corpus iuris aber auf die Notarien gedeutet wurden.[2]

---

1) So ganz ausdrücklich, kann ich mich freilich nicht erinnern, dieses irgendwo gelesen zu haben; allein es erhellt theils aus manchen einzelnen Anwendungen, theils und namentlich aus der Theorie des quasi castrense peculium. Man vergleiche auch Bartolus ad L. 1 §. Nec castrense D. de collat. 37, 6 nr. 4: Quandoque militia seu dignitas mere ad personam refertur, ut: „talis est miles“, „talis est doctor“; — — quandoque refertur ad res, ad quas vel super quibus aliquis *militat*. Et istud est, quod dicimus: „Aliquis habet duas vel tres militias“ hoc est: duas praebendas, vel *aliquod exercitium, ex quo sumitur lucrum*.

2) S. glo. Scriniarios ad L. 16 C. de test. mil. 6, 21: „Scriniarios“: id est notarios sive tabelliones; et est vulgare Romanorum. Man vergleiche dazu z. B. die bei Giesebrecht, Geschichte der deutschen Kaiserzeit I. 3. Aufl. S. 871 fg. und 875 fg. abgedruckten beiden römischen Notariats-

Das Dasein dieses weitern Begriffes von militia ist jedoch fast nur aus mittelbaren Rückschlüssen zu folgern, und es wurde sichtlich vermieden, noch andern als den Rittern, den Geistlichen, den Rechtsgelehrten und den Doctoren den Namen der milites zu geben. Noch viel weniger dachte man daran, auf andere als diese Personen die Privilegien der milites anzuwenden: ein neuer Beleg, dass die mittelalterlichen Theorieen von der militia und den milites nicht erst aus dem Corpus iuris geschöpft und entwickelt, sondern vielmehr aus den bestehenden Lebensverhältnissen in das Corpus iuris hineingetragen waren.

Bloss in Ansehung eines einzigen der militärischen Privilegien machte man eine Ausnahme. Es war gerade dasjenige, welches hier vor allen andern in Betracht kommt. An dem castrense peculium nämlich sollten Antheil haben alle, welche eine militia in dem weitern Sinne, das heisst irgend eine öffentliche Stellung hätten.

Man folgerte dieses zuvörderst positiv aus der L. 37 C. de inoff. test. 3, 28, wonach ein castrense peculium in dem weitern Verstande zusteht nicht allein den milites in dem vorzüglichen Sinn und den veterani, sondern auch den „consulibus et praefectis legionum et praesidibus provinciarum et *omnibus generaliter, qui in diversis dignitatibus vel administrationibus positi a nostra consequuntur manu vel ex publicis salariis quasdam largitates*“, ferner den „viris disertissimis patronis causarum, virisque devotissimis memorialibus et agentibus in rebus, nec non magistris studiorum liberalium, archiatris quoque et *omnibus omnino, qui salaria vel stipendia percipiunt publica*“.[3] Daneben aber wusste man auch innere Gründe zu finden. Die einen beriefen sich darauf dass bei der Bekleidung einer öffentlichen Stellung zwischen Gewaltfreien und Haussöhnen kein Unterschied

urkunden von 942 und 966 und das ebendaselbst S. 877 fg. abgedruckte Verzeichniss der verschiedenen Arten von iudices in dem römischen Gebiete. (Letzteres findet sich auch in meiner Schrift über die Turiner Institutionenglosse und den Brachylogus als Beilage B. Vgl. noch S. 82 fg. dieser Schrift.)

3) Vgl. z. B. glo. Exceptis castrensibus peculiis ad L. 6. pr. C. de bon. quae lib. 6, 60 (61), Durantis, Spec. iud. Lib I. de actore nr. 23, Ioannes Faber in Inst. tit. per quas pers. §. Igitur nr. 2 u. a.

sei, und dass also auch in Ansehung der zufolge einer öffentlichen Stellung gemachten Erwerbungen ein Haussohn einem Gewaltfreien gleich gelten müsse.[4] Die andern erklärten es für eine Rücksicht des öffentlichen Interesse, dass jemand über dasjenige, was er im öffentlichen Dienste erworben, als Haussohn wie als Gewaltfreier unter Lebenden und durch letzten Willen frei verfügen dürfe.[5]

Den Unterschied des castrense und quasi castrense peculium aber legte man sich folgendermaassen zurecht. Milites in dem ganz eigentlichen Sinne seien nur die milites armatae militiae. Darum hätten auch nur sie ein eigentliches castrense peculium. Die Geistlichen, Doctoren, Advocaten und sonstigen öffentlichen Diener würden milites bloss in einem übertragenen Sinne wegen der Verwandtschaft ihres Berufes mit demjenigen jener eigentlichen milites genannt. Sie seien genau genommen nur quasi milites, und daher werde ihnen auch bloss ein quasi castrense peculium zugeschrieben.[6] Man erblickte also das gemeinsame

---

4) So Baldus in L. Fori [4] C. de adv. div. iudicior. 2, 7 nr. 2: Advocatus, qui receptus est in matricula advocatorum et approbatus authoritate publica, gerit officium publicum, et ideo, quod quaerit, est quasi castrense, et in eo reputatur paterfamilias; nam quantum ad publicum officium attinet, patria potestas non curatur. Ihm folgt Franciscus Aretinus ibid.

5) So Jason ad L. Cum antiquis [ult.] C. de inoff. test. 3, 28 nr. 3 mit Berufung auf Paulus de Castro, ferner ad L. Nemo ex lege [11] C. qui test. fac. 6, 22 nr. 3.

6) Die Anknüpfung der Begriffe des castrense und quasi castrense peculium an die Begriffe der milites und quasi milites findet sich in dieser ausgesprochenen Weise schon bei Odofredus, Super Dig. novo in L. Filiusf. [7] de donat. in f. (fol. 32 col. I.) und Super Cod. prima parte in L. Advocati [14] de advoc. div. iudicior. (fol. 82 col. I.). Sodann bei Bartolus ad L. 1 §. Nec castrense D. de collat. 37, 6 nr. 2: „Sed si ille filius non erat advocatus vel doctor, sed scholaris, tunc si quidem complevit studium ante patris mortem et sic incipit *quasi militare*“ rel. Desgleichen bei Baldus ad L. Si donatione [13] C. de coll. 6, 20 nr. 9, und ad L. Cum oportet [6] pr. C. de bon. quae lib. 6, 60 (61) nr. 16, bei Salicetus ad L. Filiae cuius [18] C. fam. erc. 3, 36 nr. 13 sqq. und bei Jason ad L. Nemo ex lege [11] C. qui test. fac. 6, 22 nr. 3 (s. Anm. 7). Von andern Commentatoren wird diese Theorie nicht so geradezu ausgesprochen. Es lässt sich aber leicht erkennen, dass sie in Wahr-

Merkmal des castrense und quasi castrense peculium nicht mehr, wie die Römer, in der Gleichheit der juristischen Behandlung (§. 54), sondern in der innerlich verwandten Natur des Erwerbes: eine Art der Vorstellung, welche für die Ausbildung des Institutes von dem allergrössten Einflusse war. Denn im Mittelalter kümmerte man sich viel weniger um die einzelnen positiven Aussprüche des Corpus iuris, als um die einmal angenommenen allgemeinen Theorieen. Nach diesen bemass man nicht allein die Entscheidung einzelner auftauchender Fragen, sondern sogar den ganzen Zuschnitt, welchen man den Instituten gab.

So hieng mit jener Vorstellungsweise vor allen Dingen die Ausschliessung der irregulären Adventicien von dem quasi castrense peculium zusammen. In der That, wenn die Eigenschaft eines Erwerbes als quasi castrense peculium darin wurzelte, dass eine quasi militia, eine öffentliche Stellung, seine Quelle gewesen: so war es ganz unmöglich, auch die irregulären Adventicien als quasicastrensisches Vermögen zu betrachten. [7]

---

heit diejenige aller Commentatoren war. Vgl. z. B. Azo, Summa Cod. VI, 22 qui fac. test. nr. 2, Paulus de Castro in L. Nemo ex lege [11] C. qui test. 6, 22 nr. 1. — Vergleicht man diese Theorieen mit der Darstellung in dem Brachylogus, den Exceptiones legum Romanorum des Petrus und andern verwandten der Glossatorenschule vorausgehenden Schriften (§. 73, 74), so bemerkt man leicht, wie sehr sie zur Zeit der Entstehung dieser Schule bereits vorbereitet und vorgebildet waren.

7) Man vergleiche die S. 473 genannten Glossen und die dort angeführte Stelle aus der Summa Codicis des Azo. Ganz und gar unzweideutig spricht sich Jason aus ad L. Nemo ex lege [11] C. qui test. fac. 6, 22 nr. 3: „Et si dicis, quae est ratio diversitatis, quare filiusfamilias potest testari de castrensibus vel quasi, — — et tamen non potest testari de adventitiis, quorum ususfructus non quaeritur patri — —: responde, quod ratio diversitatis est, quia in castrensibus vel quasi filiusfamilias habetur pro patrefamilias — —, ergo nimirum, si in illis potest testari. Sed in adventitiis, dato quod ususfructus non quaeratur patri, filius tamen non habetur pro patrefamilias; ergo nimirum testari non potest. Et si instas, quae est ratio rationis, quare magis in castrensibus vel quasi lex habeat eum pro patrefamilias, responde: favore publico, et sic favore publicae utilitatis et *publici officii*, quia castrensia de publico acquiruntur, eodem modo quasi castrensia acquiruntur *ratione publici officii, cum in quasi castrensibus filius dicatur ita militare, sicut in castrensibus:* l. advocati [14] C. de advo. divers. iudicio. *Sed ista ratio publici officii cessat in adventitiis, quia iure privato*

Man gieng aber unter der Einwirkung dieser Vorstellung sogar noch einen Schritt weiter. Wiewohl Justinian in der L. 7 C. de bon. quae lib. 6, 61 die einem Haussohn oder einer Haustochter von dem Kaiser oder der Kaiserin gemachten Geschenke beweglicher oder unbeweglicher Sachen so unzweideutig, als nur immer möglich, für quasi castrense peculium erklärt, so wollte man sie dennoch vielerseits bloss als adventicia irregularia gelten lassen. Die Anerkennung ihrer quasicastrensischen Natur passte eben zu dem eingenommenen allgemeinen Standpunkte nicht, und so trug man nicht viel Bedenken, sich über den Wortlaut der L. 7 C. cit. einfach hinwegzusetzen.[8]

§. 80.

Diesem nach möchte die Erwartung gerechtfertigt erscheinen, dass auch die Zusammensetzung des quasi castrense peculium von Anfang an ganz nach der Analogie des castrense peculium beurtheilt worden wäre, zumal da wir eine solche Analogie im ganzen schon in dem Justinianischen Rechte wahrgenommen (§. 64), und da wir sie noch durchgeführter in dem Brachylogus und andern kurz vor der Entstehung der Glossatorenschule verfassten Schriften bemerken (§. 73, 74). Allein diese Erwartung wird nicht erfüllt. Die Glosse selbst (glo. Exceptis castrensibus

---

obveniunt." Liest man weiter, und beachtet man die fast verzweifelten Anstrengungen, welche Jason macht, um mit dem behaupteten Unterschiede des quasi castrense peculium und der irregulären Adventicien die Aussprüche der L. 8 §. 5 C. de bon. quae lib. 6, 61 (S. 466) und der Nov. 117 c. 1 (S. 473) in Einklang zu bringen: so kann man nicht zweifeln, dass es nicht äussere Gründe waren, sondern lediglich die angegebene allgemeine Theorie, was die Glossatoren und Commentatoren zu der Sonderung jener Adventicien von dem quasi castrense peculium bewog.

8) Hierher gehört z. B. Bartolus ad L. Cum multa [7] C. cit. Er begnügt sich mit der trockenen Bemerkung: „In rebus, quas Imperator, vel Augusta donat filiofamilias, *patri ususfructus non quaeritur*, hoc dicit", ohne jede Angabe von Gründen. Ebenso Angelus de Ubaldis und Salicetus ibid. Die richtige Ansicht ist anzutreffen bei Baldus ibid. pr. und nr. 3, ferner bei Raphael Fulgosius und Paulus de Castro ibid., endlich bei Alexander Tartagnus ad L. 1 §. Hoc autem D. ad SC. Treb. 36, 1 nr. 5.

peculiis ad L. 6 pr. C. de bon. quae lib. 6, 60 [61]) mit Berufung auf die L. ult. C. de inoff. test. 3, 28 definiert das quasi castrense peculium als dasjenige, „quod in civitate quaeritur ex publica causa, ut salaria ex publico". Wörtlich die gleiche Definition hat das Speculum des Durantis in lib. I. tit. de actore nr. 23 aufgenommen. Und eine ganz ähnliche Begriffsbestimmung giebt auch Azo in der Summa Codicis VI, 60 de bon. quae lib. nr. 8, indem er schreibt: „Quasi castrense peculium est, quod advocati ex advocatione percipiunt de publico, vel iudices percipiunt salarii causa, vel quod obvenit presbyteris vel clericis omnibus". Die Meinung aber ist, dass nur dasjenige quasi castrense peculium werde, was nicht allein in Folge einer öffentlichen Stellung, sondern auch aus öffentlichen Mitteln erworben sei. Von Privaten herrührende Erwerbungen hätten niemals die Eigenschaft eines quasi castrense peculium, wenn sie auch in der öffentlichen Stellung des Haussohns ihren Anlass und Grund hätten. Völlig unzweideutig erhellt diese Meinung aus der glo. Castrensibus peculiis ad §. 1 I. per quas pers. 2, 9, wo es heisst: „Quasi castrense est, quod magistri liberalium artium, medici, clerici et advocati *de publico* acquirunt".

Aus diesem Standpunkte gelangte man zu einer beliebten Streitfrage, welcher wir in der Glosse, bei Azo und Odofredus, in dem Speculum und fast ohne Ausnahme bei allen Commentatoren begegnen. Ausgehend von der seltsamen, auf die L. ult. pr. in f. C. de inoff. test. 3, 28 gegründeten Ansicht, dass die Advocaten früher und zur Zeit Justinian's eine öffentliche Besoldung bezogen hätten, warf man nämlich die Frage auf, ob die Advocaten noch jetzt bei veränderten Einrichtungen, und da sie, abgesehen von einzelnen Ausnahmen, nicht mehr aus öffentlichen Mitteln besoldet würden, ein quasi castrense peculium erwerben könnten. Azo in der Lectura ad L. ult. C. cit. nr. 3, 4 und Durantis an der oben angeführten Stelle des Speculum entscheiden sich für die Verneinung. Nur dann, wenn ein Advocat ausnahmsweise einen öffentlichen Gehalt habe, wie z. B. die Advocaten des Fiscus, die Armenadvocaten und andere, dürfe man ihm den hieraus fliessenden Erwerb als quasi castrense peculium zuschreiben. Auch die Glosse spricht sich in der vorhin erwähnten glo.

Castrensibus peculiis ad §. 1 I. per quas pers. sehr bestimmt in diesem Sinne aus. In der glo. Castrense ad L. 4 C. de adv. div. iudicior. 2, 7 meint sie jedoch, da das, was die Advocaten von den Clienten erhielten, an die Stelle der vormaligen öffentlichen Besoldung getreten sei, so könne man immerhin auch diese Erwerbungen für quasicastrensische erklären. Und dafür lasse sich anführen die L. Velut [7] C. de assessor. 1, 51, in welcher von Bezügen nicht aus öffentlichen Mitteln die Rede sei; ferner die L. Cum advocatio [8] C. h. t. 2, 7, endlich die L. Sacrosanctae [34] C. de episc. 1, 3.

Diese Art der Entscheidung hatte sich des weitaus überwiegenden Beifalls zu erfreuen. Und in Betreff der Entscheidungsgründe bemerkte schon Cinus zu der L. Fori [4] C. de adv. div. iudicior. 2, 7, dass das, was die Advocaten ehemals vom Fiscus erworben, castrense peculium gewesen, nicht weil sie es gerade vom Fiscus, sondern weil sie es in Folge ihrer militia, das heisst der Advocatur, erworben hätten. Diese Rücksicht bleibe sich gleich, möge nun ein in Folge der Advocatur gemachter Erwerb aus öffentlichen Mitteln, oder möge er von Privaten herrühren. Auch komme ja in das castrense peculium eines miles unzweifelhaft alles, was er zufolge seiner militia irgendwoher erwerbe; was aber von dem miles gelte, müsse auch von dem Advocaten gelten, da dieser ebenfalls ein miles sei. Endlich machte Raphael Fulgosius ibid. nr. 2 darauf aufmerksam, dass bereits zur Zeit Justinian's die Advocaten eine Vergütung von ihren Clienten bezogen hätten; es könne also gar kein Zweifel sein, dass auch solche Bezüge in das quasi castrense peculium fielen.[1]

---

1) Als weitere Vertreter dieser Ansicht erwähne ich Odofredus, Super Cod. prima parte ad cit. L. Fori [4] C. de advoc. div. iudicior., Bartolus ibid., Ioannes Andreae in add. ad Spec. lib. I. tit. de actore nr. 23 verb. statuuntur, Ioannes Faber in Inst. tit. per quas pers. §. Igitur nr. 1, Lucas de Penna ad L. Iubemus 5 C. de silentiar. 12, 16 in verb. Suffragium quodcunque, Baldus ad L. Fori C. cit., ad L. Cum antiquis [ult.] C. de inoff. test. 3, 28 nr. 3 und ad L. Cum oportet [6] pr. C. de bon. quae lib. 6, 60 (61) nr. 16, Angelus de Ubaldis ad L. Fori C. cit. und ad L. Cum oportet princ. C. cit. nr. 4 (§. 75 Anm. 3), Salicetus ad L. Fori C. cit. und ad L. Cum antiquis [ult.] C. de inoff. test. 3, 28 nr. 5, Alexander Tartagnus,

Auf solchen Wegen war man um die Mitte des 14. Jahrhunderts allgemein bei der Regel angekommen, dass die Bestandtheile des quasi castrense peculium durchaus nach der Analogie des castrense peculium zu beurtheilen seien. Wir finden sie bei Bartolus und seinen Zeitgenossen allenthalben befolgt, und bei einzelnen, wie z. B. bei Odofredus, lässt sich ihre Befolgung, mindestens in einzelnen Anwendungen, sogar schon um die Mitte des 13. Jahrhunderts erkennen. Insbesondere liess man jene Analogie auch über die Frage entscheiden, was für Geschenke an den Haussohn in das quasi castrense peculium einträten. Gleichwie z. B. Waffen, Schlachtrosse und ähnliche Gegenstände, welche der Vater oder ein anderer Verwandter dem filius miles schenke, castrense peculium würden, so müssten Bücher, Doctorkleider u. dgl., welche ein filius doctor oder advocatus von seinem Vater oder von Verwandten zum Geschenk erhalte, quasi castrense peculium werden u. s. w.[2]

Consil. lib. VI. cons. II., Iason ad L. Cum antiquis C. cit. nr. 2. Placentinus scheint an eine Einschränkung des quasi castrense peculium der Advocaten auf den etwaigen öffentlichen Gehalt noch gar nicht gedacht zu haben; denn in der Summa Codicis II, 7 de advoc. div. iudicior. spricht er — in sehr beachtenswerther wörtlicher Uebereinstimmung mit dem Brachylogus (S. 526) — den Advocaten als quasi castrense peculium zu, „quidquid quaesierunt ex sua professione".

2) Man vergleiche z. B. Odofredus, Super Cod. prima parte ad L. Si filius [4] fam. erc. 3, 36, Super Cod. secunda parte ad Auth. Ex testamento post L. 1 de collat. 6, 20 und ad L. Si donatione [13] eod. (S. jedoch Super Cod. prima parte ad L. ult. de inoff. test. 3, 28 und Super Cod. sec. parte ad L. Cum oportet [6] C. de bon. quae lib. 6, 60 (61) nr. 4, wonach die assessores als quasi castrense peculium nur erwerben sollen, was sie de publico, nicht aber, was sie de privato erhalten.) Ferner Cinus in L. Si filiusfamilias [4] C. fam. erc. 3, 36 und in L. Filiae [12] C. de collat. 6, 20 mit Berufung auf Dinus, Bartolus in L. 1 §. Nec castrense D. de collat. 37, 6 nr. 2 mit Berufung auf Ubertus de Bobio († zwischen 1237 — 1245), Dinus und Cinus, ferner in L. 3 D. de cast. pec. 49, 17 und in L. Filiae [12] C. de collat. 6, 20, Ioannes Andreae und Lucas de Penna ll. cc. (vorige Anm.), Baldus in L. Si donatione [13] C. de coll. 6, 20 nr. 9, Ioannes de Platea ad L. Iubemus [5] C. de silentiar. 12, 16 vers. Debent tamen rel., Salicetus ad L. Filiae cuius [18] C. fam. erc. 3, 36 nr. 13 sqq., Paulus de Castro in

Dieser Regel gemäss wollten die meisten auch das quasi castrense peculium der Geistlichen einschränken auf dasjenige, was sie in Folge ihres geistlichen Amtes (ex clericatu oder occasione clericatus) erworben hätten.[3] Eine solche Ansicht war jetzt möglich geworden, weil damals jedes geistliche Amt mit einem Einkommen ausgestattet war und mit einem solchen ausgestattet sein musste.[4] Im Hinblicke auf die weltlichen Beamten, mit denen man die Geistlichen überall verglich, musste sie sogar als durchaus und allein angemessen erscheinen.[5] Doch blieb sie unter den spätern Commentatoren nicht ohne Anfechtung. Paulus de Castro namentlich erklärt ad L. Sacrosanctae [32 al. 34] C. de episc. 1, 3 nr. 1 und 3 und ad L. Cum lege [48 al. 50] C. eod. für quasi castrense peculium alles, was ein Geistlicher unter väterlicher Gewalt „undecunque" und „qualitercunque", nicht bloss ex beneficiis und occasione clericatus, erwerbe. Den innern Grund dieser Ausnahme von der gewöhnlichen Regel erblickt er darin, dass den Geistlichen als milites coelestis militiae eine noch günstigere Stellung, als den milites armatae militiae, zukomme. Die nämliche Entscheidung giebt auch Jason ad L. Filiae licet [12] C. de collat. 6, 20 nr. 4 in f. und nr. 6.

L. Si filiusf. [4] C. eod. nr. 2, 3, **Jason** in L. Nemo ex lege [11] C. qui test. fac. 6, 22 nr. 3 (§. 79 Anm. 7).

3) Diese Einschränkung, welche wir schon in dem Brachylogus, den Exceptiones des Petrus und andern Schriften ihrer Zeit wahrgenommen (§. 73, 74), findet sich unter andern bei **Odofredus**, Super Cod. prima parte ad L. Sacrosanctae de episc. 1, 3 (fol. 28 col. I.) und ad L. Cum lege Leoniana eod. (fol. 26 col. I.), **Bartolus** ad L. Sacrosanctae [32] C. cit., **Ioannes Faber** in Inst. tit. per quas pers. §. Igitur nr. 3, 4, **Salicetus** ad L. Sacrosanctae C. cit. und ad Auth. Presbyteros post h. l. Auf einem andern Standpunkte scheint die Glosse zu stehen. Vgl. S. 544 fg.

4) S. Walter, Lehrb. des Kirchenrechts 13. Ausg. §. 246, 257, 258. Vgl. auch oben §. 65 und 72.

5) Vgl. z. B. **Ioannes Faber** l. c. nr. 4: Dass die Geistlichen ihren Erwerb ex clero oder occasione clericatus als quasi castrense peculium hätten, erscheine nicht als ein besonderes Privilegium, sondern als ius commune, „quod tales habeant quasi castrense peculium, cum *quodammodo deserviant reipublicae* Deo serviendo et orando pro populo, unde per iura antiqua habeant quasi castrensia saltem in rebus ex clericatu acquisitis".

Es bedarf jetzt noch einer genauern Erörterung der in dem vorigen Paragraphen nur im allgemeinen beantworteten Frage, was für Personen nach der Lehre der Glossatoren und Postglossatoren ein quasi castrense peculium haben konnten.

Unbestritten wurden zu diesen Personen auf Grund der L. 37 C. de inoff. test. 3, 28 alle diejenigen gerechnet, welche ein öffentlich besoldetes Amt bekleideten. Unter dieser Voraussetzung schreibt die Glosse ein quasi castrense peculium namentlich zu den magistri liberalium artium, den medici, clerici, advocati und notarii.[6] Azo nennt ferner die iudices (S. 570), das Speculum lib. I. tit. de actore nr. 23 die assessores.

Indessen wurde, wie wir gesehen (S. 571), schon von der Glosse eingeräumt, dass auch wohl den nicht öffentlich besoldeten Advocaten und Assessoren ein quasi castrense peculium zugestanden werden könne, weil die Vergütungen, die sie jetzt von den Privaten für ihre Dienste bezögen, einen Ersatz der frühern öffentlichen Besoldung bildeten. Die Commentatoren billigten dieses nicht nur, sondern sie wandten es auch auf die Aerzte, Notarien und höhern Lehrer an.[7] Und insbesondere war man

---

6) Vgl. glo. Castrensibus peculiis ad §. 1 I. per quas pers. 2, 9 (S. 570), glo. Memorialibus und Archiatris ad L. 37 C. cit. Aus den letzten beiden Glossen erhellt, dass die Glosse unter archiatri überhaupt die medici versteht, unter memoriales die notarii, „qui scribunt causa memoriae". Ebenso Baldus ad L. 37 C. cit. nr. 3. Es war also sicher die allgemeine Art der Auslegung.

7) Man vergleiche Cinus ad L. Cum antiquis [37] C. cit. in f.: Die Advocaten und Assessoren, auch wenn sie keinen öffentlichen Gehalt bezögen, hätten ein quasi castrense peculium. „Idem dicit Odo. (Odofredus?) in *medicis* et *aliis hic* (sc. in hac lege) *enumeratis*, quia salaria, quae nunc percipiunt, succedunt in locum publici salarii." Ferner vergleiche man in Ansehung der Aerzte insbesondere auch noch Angelus de Ubaldis in L. Cum oportet [6] pr. C. de bon. quae lib. 6, 60 (61) nr. 4 (§. 75 Anm. 3); in Betreff der Notarien insbesondere: Baldus ad L. Fori [4] C. de advoc. div. iudicior. 2, 7 in f., Paulus de Castro in L. Nemo ex lege [11] C. qui test. 6, 22 nr. 2, Angelus Aretinus in §. Sciendum [ult.] I. de test. mil. 2, 11 nr. 2, Alexander Tartagnus, Consil. lib. VI. cons. II. Dagegen will Baldus ad L. Cum oportet [6] pr. C. de bon. quae lib. 6, 60 (61) nr. 16 die „salaria notariorum, non procedentia de bursa fiscali" nicht als quasi castrensia peculia gelten lassen, sondern nur als adventicia, „quia est vile officium respective".

darüber einig, dass dasjenige, was ein noch unter väterlicher Gewalt stehender doctor legum oder medicinae in Folge seines Berufes von irgend einer Seite her erwerbe, quasi castrense peculium werden müsse, da ja diese Personen gleich den Advocaten sogar zu den milites gehörten.[8]

Ueberhaupt bildete sich mehr und mehr der allgemeine Grundsatz aus, dass das quasi castrense peculium alles umfasse, was ein Haussohn in irgend einer öffentlichen Stellung, als persona publica, das heisst als Diener des Staates oder Publicums, erwerbe, sei es aus öffentlichen Mitteln, sei es von Privaten.

Sehr ausgesprochen zeigt sich dieser Grundsatz schon in der Mitte des 14. Jahrhunderts bei dem französischen Juristen Johannes Faber. Er schreibt nämlich in seinem Commentarius in Institutiones tit. per quas pers. §. Igitur nr. 2:

> Sed qui sunt hi, qui quasi castrense habent? Et certe l. fi. C. de inoff. testa. satis declarat, quia quicunque dignitates habent seu administrationes a principe et etiam omnes, qui de publico habent et percipiunt salaria, quamvis forte non habeant administrationem seu dignitates; item credo de aliis, *qui non percipiunt de publico, sed habent officia, per quae compelluntur servire quibuslibet,* sicut advocati et notarii. — — Loquor de his, *qui destinati sunt ad serviendum universae reipublicae et cuilibet de populo, in quibus est commune, ut quasi castrensia habeant.*

Nicht minder unzweideutig begegnet uns die nämliche Regel aber auch bei Baldus ad L. Fori [4] C. de adv. div.

---

8) Vgl. Bartolus ad L. 1 §. Nec castrense D. de coll. 37, 6 nr. 2, Baldus ad L. Cum oportet [6] pr. C. de bonis quae lib. 6, 60 (61) nr. 16 („doctor medicinae"), Salicetus ad L. Filiae cuius [18] C. fam. erc. 3, 36 nr. 13 sqq. („legum doctores"), und ad L. Cum antiquis [ult.] C. de inoff. test. 3, 28 nr. 5 (es sei die communis opinio, dass das, was die Doctoren von den scholares erhielten, quasi castrense peculium werde), Paulus de Castro ad L. Si filiusf. [4] C. fam. erc. 3, 36 nr. 2, 3, Angelus Aretinus in §. Sciendum [ult.] I. de test. mil. 2, 11 nr. 4, 5, Philippus Decius ad L. Si donatione [13] C. de coll. 6, 20 nr. 40 sqq. In den meisten dieser Stellen ist nur schlechthin von Doctoren die Rede; es sind aber schwerlich andere als die legum doctores gemeint.

iudicior. 2, 7 und ad L. Si donatione [13] C. de coll. 6, 20 nr. 9. Ferner bei Paulus de Castro ad L. Nemo ex lege [11] C. qui test. 6, 22 nr. 2 und bei Angelus Aretinus ad §. Sciendum [ult.] I. de test. mil. 2, 11 nr. 4, 5.

Demgemäss will Johannes Faber auch den öffentlich angestellten Maklern („proxenetae civitatum, qui publice instituuntur et publice serviunt") und allen Officialen, „qui cuilibet tenentur servire et compelluntur pro pecunia de consuetudine vel de iure, ut servientes curiae", das in Folge ihres Berufes erworbene als quasi castrense peculium zuerkennen. Dagegen schliesst Baldus ad cit. L. Fori und ad L. Cum oportet [6] pr. C. de bon. quae lib. 6, 60 (61) nr. 16 die salaria der Procuratoren von dem quasi castrense peculium aus, denn dieses sei „vilissimum officium, non publicum, sed privatum". Ebenso erklärt er sich in der letzt genannten Stelle über die salaria arbitrorum, „qui possunt esse infames, unde non dicuntur militare". Und ad L. Cum antiquis [ult.] C. de inoff. test. 3, 28 nr. 3 bemerkt er, dass auch der Erwerb der Handwerker (mechanici), wie z. B. der „magistri lapidum, qui stant in citadella", nicht als quasi castrense peculium betrachtet werden könne, selbst dann nicht, wenn er aus einer öffentlichen Kasse fliesse, „quia a privata causa, non ab officio descendit".

Das Ergebniss der ganzen Entwickelung wird von Johannes de Platea ad L. Iubemus [5] C. de silentiar. 12, 16 vers. Nota primo rel. folgendermaassen zusammengefasst:

> Quasi castrense peculium acquirunt filiifamilias ex publico vel etiam hodie a privatis personis — — ex diversis ministeriis et operationibus, videlicet consulendo, ut hic, advocando — —, assistendo — —, officiando — —, medicando, docendo, tabellionatum exercendo.[9]

9) Das „consulendo" geht auf die consiliarii, welche man, wie das beigefügte „ut hic" beweist, unter den silentiarii des Corpus iuris verstand. Vgl. darüber auch Lucas de Penna in rubr. tit. C. de silentiariis 12, 16 und in L. 5 eod. verb. Suffragium quodcunque. Bei dem „assistendo" ist, laut der beigefügten, der bessern Uebersicht wegen bei der Mittheilung fortgelassenen Belegstellen, an die assessores, bei dem „officiando" an die Geistlichen zu denken.

Man stösst aber in jener Zeit (Anfang des 15. Jahrhunderts) sogar schon auf den Versuch einer noch weitern Ausdehnung des quasi castrense peculium. Alexander Tartagnus erwähnt nämlich in seinen Consilia lib. VI. cons. II. nr. 7 folgende merkwürdige Definition des quasi castrense peculium von Johannes de Imola:

acquisitum *ex scientia* vel officio publico dicitur quasi castrense peculium.

Diese Begriffsbestimmung verdient um so viel mehr die volle Beachtung, weil eine ähnliche Auffassung in mehrern Scholien der Basiliken bemerkbar ist. So erklärt schon Thaleläus in einem Scholion zu Bas. VIII, 1, 19 das quasi castrense peculium als *τὰ ἀπό τινος τέχνης τῷ ὑπεξουσίῳ προςποριζόμενα* und später als *τὰ ἀπὸ ἐλευθέρων σπουδασμάτων*. Und in einem Scholion zu Bas. XXXV, 3, 11 heisst es: — — *τριττά ἐστι τὰ ἀπροςπόριστα, ἤτοι τὰ ἀπὸ διαθήκης ἐπερχόμενα, τὰ ἀπὸ στρατείας, καὶ τὰ ἀπὸ ἐ π ι σ τ ή μ η ς, τὰ λεγόμενα ἰδιόκτητα, ἐφ' οἷς καὶ μόνος διατίθεται κ. τ. λ.*

Schliesslich sind noch zwei einzelne Streitfragen der Commentatoren zu berühren.

Die erste, viel verhandelte gieng dahin, ob auch schon ein blosser studens oder scholaris als Haussohn ein quasi castrense peculium haben könne, und ob er als solches namentlich die Bücher erwerbe, die ihm bei dem Abgange zu der Universität zum Behufe seines Studiums von seinem Vater geschenkt würden. Bereits in der glo. Comparavit ad L. Filiae [18] C. fam. erc. 3, 36 wird bemerkt, die Entscheidung dieser Stelle (dass Sachen, welche jemand im Namen seiner Tochter angeschafft, dieser bei der Theilung der Erbschaft des Vaters zum voraus zugesprochen werden müssten, falls nicht ein entgegengesetzter Wille des Vaters erweisbar sei) lasse sich auch zu Gunsten des Sohnes verwerthen, in dessen Namen der Vater Bücher gekauft habe. Ein ähnliches, aber für den Sohn noch günstigeres Ergebniss folgerte Azo aus der von dem castrense peculium handelnden L. Si filiusf. [4] C. eod. In seiner Lectura zu dieser Stelle bemerkt er nämlich: „et est arg. l. ista pro *filio eunti ad scholas*, quod si quae res mobiles, ut libri et similes, datae sunt ei

a patre, non sunt communes". Er betrachtete also dergleichen Geschenke geradezu als quasi castrense peculium. Noch bestimmter zeigt sich diese Ansicht bei Odofredus. Wenn der Vater seinem Haussohne Bücher („libri legales") gebe oder Geld, um sich dafür Bücher zu kaufen: so komme für die Frage, ob der Sohn als Erbe seines Vaters diese Geschenke conferieren müsse, alles darauf an, ob der Vater ein blosses peculium profecticium, oder aber ein quasi castrense peculium im Sinne gehabt. Letzteres sei nach der Analogie des castrense peculium zu vermuthen, wenn die Schenkung bei dem Abgange des Sohnes zum Studium, etwa nach Bologna, geschehen.[10] Auf dem nämlichen Standpunkte steht Cinus ad L. Filiae [12] C. de collat. 6, 20 nr. 2 mit Berufung auf Dinus, und unter den spätern scheint ihn Johannes de Platea, Super Instit. lib. II. tit. de milit. test. nr. 20 einzunehmen.

Dagegen machte Bartolus ad L. 1 §. Nec castrense D. de collat. 37, 6 nr. 2, 3 geltend, dass ein blosser scholaris eines quasi castrense peculium noch nicht fähig sei. Bücher, welche ein blosser scholaris von seinem Vater als Geschenk empfangen, könnten daher nur dann nachträglich quasi castrense peculium werden, wenn der Sohn vor dem Tode des Vaters sein Studium vollendet und dadurch wirklich die Eigenschaft eines quasi miles erlangt habe. Dieser Ansicht schlossen sich fast ohne jede Ausnahme die sämmtlichen folgenden Commentatoren an.[11] Doch macht Jason seine Zuhörer oder Leser auf ein leichtes Mittel aufmerksam, sich trotzdem bereits als Scholaren nicht allein die von dem Vater geschenkten Bücher, sondern alle und jede von

10) Man vergleiche Odofredus, Super Cod. prima parte ad L. Si filius [4] fam. erc. 3, 36 (fol. 179 col. I.), Super Cod. secunda parte ad Auth. Ex testamento de coll. 6, 20 (fol. 33 col. II.) und ad L. Si donatione [13] eod. nr. 3, 4 (fol. 35 col. III.).

11) Vgl. Baldus ad L. Si filiusf. [4] C. fam. erc. 3, 36 nr. 1, 2, und ad L. Filiae cuius [18] C. eod. nr. 10, 11, Salicetus ad cit. L. Filiae cuius nr. 13 sqq., Raphael Cumanus in Consil. 28 nr. 3, Alexander Tartagnus, Consil. lib. II. cons. 142 nr. 25, Iason ad L. Filiae licet [12] C. de coll. 6, 20 nr. 2 sqq., Philippus Decius ad L. Si donatione [13] C. eod. nr. 40 sqq.

ihm geschenkten Sachen unwiderruflich als quasi castrense peculium zu freier Verfügung zu verschaffen. Sie hätten nämlich zu dem Ende nichts nöthig, als sich die erste Tonsur geben zu lassen, denn jeder Kleriker, selbst derjenige, der kein Beneficium, sondern bloss die erste Tonsur habe, erwerbe nach der richtigen Ansicht alles, was ihm von irgend einer Seite her geschenkt werde, als quasi castrense peculium.

Und damit sind wir unmittelbar bei der zweiten Streitfrage angekommen. Diese bezog sich nämlich eben darauf, ob nur clerici beneficiati, oder ob auch schon die clerici simplices primae tonsurae als Haussöhne ein quasi castrense peculium haben und letztwillig verfügen könnten. Wenigstens wird diese Frage von Jason a. a. O. (Anm. 11) nr. 4—7 und von vielen spätern nicht italienischen Schriftstellern wie eine selbständige Streitfrage behandelt. In Wahrheit lässt sie sich indessen von dem Standpunkte der Commentatoren als eine solche nicht betrachten. Sondern der Streit drehte sich unter ihnen offensichtlich überall nur um die schon früher (S. 573) erörterte Frage, ob aller Erwerb eines Geistlichen quasi castrense peculium werde, oder bloss der in Folge des geistlichen Amtes gemachte. Wer sich für das letzte entschied, gelangte natürlich von selbst zu der Folge, dass bei den clerici primae tonsurae, welche zu solchen Erwerbungen nicht in der Lage waren, ein quasi castrense peculium nicht vorkommen könne.[12] Dass sich so die Sache verhielt, ergiebt sich aus einem Blicke auf Bartolus, den Jason als seinen Widersacher nennt, an der von Jason angeführten Stelle, nämlich Comm. ad L. Sacrosanctae [32] C. de episc. 1, 3. An sich und im Principe scheinen von jeher sämmtliche Glossatoren und Commentatoren einhellig angenommen zu haben, dass alle Kleri-

12) Man vergleiche hiezu J. H. Boehmer, Ius. eccl. protest. lib. I. tit. XI. §. 2: — — prima tonsura — — personam ecclesiasticam in genere citra certi officii collationem constituit et ordini clericorum adscribit — —, potestatem autem nullam sacram specialem confert. — — Demum circa saeculum IX. hic abusus invaluit, ut, cum ex superstitione ad statum clericalem ineptissimi adspirarent, primam ambirent tonsuram, quo postea aditum ad reditus ecclesiasticos percipiendos vel ordines inferiores suscipiendos sibi pararent.

ker, auch diejenigen der untersten Grade, eines quasi castrense peculium fähig seien. Denn Azo erklärt in der Summa Cod. VI, 60 de bon. quae lib. nr. 8 (S. 570) für quasi castrense peculium ausdrücklich dasjenige, „quod obvenit presbyteris vel clericis *omnibus*". Und ganz entsprechend giebt Bartolus in Auth. de sanctiss. episc. §. Presbyteros (coll. IX. tit. 15) den Inhalt der Nov. 123 c. 19 dahin an: „Presbyteri et *omnes* clerici res ad se pertinentes in suo dominio habere debent atque potestate, et eas donare et de eis testari possunt, si sub parentum existant potestate" rel. Jason endlich entscheidet sich mit der grössten Bestimmtheit dafür, dass schon die clerici primae tonsurae als Haussöhne ein Testament machen und folglich ein quasi castrense peculium haben könnten: eine Entscheidung, zu deren Gunsten er sich namentlich auf die Canonisten und auf die ganz allgemeine Fassung des c. Quia nos [9] X de testam. 3, 26 beruft. Bei den übrigen Commentatoren habe ich wenigstens nirgends eine Einschränkung gefunden. Sie sprechen überall ganz allgemein den „clerici" die Fähigkeit zu einem quasi castrense peculium zu.[13] Mit dem Justinianischen Rechte stimmt dieses nicht überein, da die Nov. 123 c. 19 nur den presbyteri, diaconi, subdiaconi, lectores und cantores ein quasi castrense peculium gewährt. (Vgl. §. 62 Anm. 17.) Gerade hier aber lässt sich die Ursache der Abweichung von dem Justinianischen Rechte leicht einsehen. Ohne Zweifel hatten nämlich schon damals die untern Stufen des Clericates keine selbständige praktische Bedeutung mehr, sondern bloss noch einen bildlichen Charakter.[14]

§. 81.

Von Italien aus drang das Justinianisch-römische Recht auch in die übrigen Länder des abendländischen Europa ein. Und namentlich fand das castrense und quasi castrense peculium

13) Ich will auch hier nicht unterlassen, darauf hinzuweisen, dass in der nämlichen Allgemeinheit bereits der Brachylogus, die Exceptiones des Petrus und andere Schriften ihrer Zeit sich äussern. S. §. 73, 74.

14) Vgl. Walter, Lehrbuch des Kirchenrechts 13. Ausg. §. 16, 205.

dieses Rechtes fast allenthalben Eingang und Aufnahme. Nicht allein in Deutschland, sondern, wie sich mit Bestimmtheit nachweisen lässt, auch in vielen andern Ländern. Wahrscheinlich in den allermeisten; jedenfalls aber in Spanien, Portugal und Frankreich.

Was Spanien anlangt, so geht aus mehrfachen Bemerkungen und Anführungen bei Retes, z. B. cap. IX. §. 8 (p. 271) und §. 12, 13 (p. 273), hervor, dass die Vorschriften des Justinianischen Rechtes über das Institut nicht nur zu praktischer Geltung gekommen, sondern sogar in das um die Mitte des 13. Jahrhunderts verfasste Gesetzbuch Alphons X. übergegangen waren. Aus dem Gerichtsgebrauche seiner Zeit (Mitte des 17. Jahrhunderts) berichtet Retes namentlich, dass die Advocaten, Tabellionen und Procuratores causarum („qui apud Nos numerarii sunt in quacunque Civitate“), ein quasi castrense peculium hätten, bestehend aus den Honoraren und Geschenken, die sie erlaubter Weise von den Parteien erhielten.

Für Portugal liefert einen ähnlichen Beweis der portugiesische Jurist Benedictus Pinellus in seinen Variae resolutiones lib. I. cap. V. (am Ende des 16. oder Anfange des 17. Jahrhunderts geschrieben). Er theilt nämlich in dieser Abhandlung sehr viele von dem castrense und quasi castrense peculium redende Stellen aus den „Ordinationes Lusitaniae“ mit.

In Beziehung auf Frankreich endlich nenne ich folgende zuverlässige Gewährsmänner aus verschiedenen Zeiten:

Zuvörderst Eguinarius Baro, Institutionum civilium libri IV, bipartito commentario quam brevissime illustrati. Pictavis 1555 4° (Ex authoris recensione). In der particula posterior des Commentars zu dem Titel de patria potestate ist von dem „ius Gallicum“ in Ansehung der väterlichen Gewalt im allgemeinen die Rede. Die väterliche Gewalt, sagt Baro, bestehe in Frankreich und sogar in Paris wesentlich eben so, wie nach dem römischen Rechte, und wenn Accursius und andere Italiener lehrten, dass es bei den Franzosen keine patria potestas gebe, so sei das lediglich ein Beweis, dass jene die französischen Coutumes nicht gekannt hätten. Nur werde die väterliche Gewalt auf manche dem römischen Rechte unbekannte Art aufgehoben. „Et

quidem *ad acquirendum per liberos quod attinet*, *ius Romanum fere sequimur*." Eingehender wird von den Erwerbungen durch die Hauskinder in dem Commentar zu dem Titel per quas personas nobis acquiritur gehandelt, und in der particula posterior dieses Commentars wird eine Stelle aus der Coutume der Bretagne (tit. 21 art. 45) mitgetheilt, deren Inhalt Baro selbst dahin zusammenfasst, dass sie die castrensia, quasi castrensia und adventicia den Hauskindern zu vollem Rechte zuzusprechen scheine, die profecticia dagegen den Gewalthabern. (Vgl. §. 73 Anm. 4.) Endlich schreibt Baro in dem zweiten Theil des Commentars zu dem Titel de militari testamento folgendes: Regionum mores filiisfamilias testari de castrensi vel quasi castrensi peculio nominatim permiserunt. „Scauoir de leurs biens acquis par industrie militaire, ou en l'estat, et profession de iuge, aduocat et procureur, ou es choses qui leur seront donnees par le prince souuerain, au seruice duquel ils seront." (Biturig. des testa. 2.)

Ein weiteres gewichtiges Zeugniss in Betreff der französischen Praxis giebt Ant. Mornacius, Parlamentsadvocat, † nach 1609, in seinen Observationes in XXIV priores libros Digestorum ad usum fori Gallici (Paris 1654). Lib. XV. tit. 1 de peculio (p. 591) bemerkt er zu der Titelrubrik: Servamus hodie peculium castrense et quasi castrense.

Endlich berufe ich mich auch noch auf das bekannte Buch von Domat (geb. 1625, gest. 1695): Les loix civiles dans leur ordre naturel, wo sich liv. III. tit. I. sect. II. art. 3 (2me éd. Paris 1697 t. III. p. 312) die Aeusserung findet: Cette regle (que les fils de famille ne peuvent faire de testament) *avec l'exception pour ces pecules* (castrensia et quasi castrensia) s'observe en quelque Coûtumes.[1]

Mit diesen wenigen Notizen, wie sie mir mehr der Zufall, als ein planmässiges Suchen zugeführt hat, muss ich mich in Ansehung der ausserdeutschen Länder begnügen. Möchten sich andere dadurch zu gründlichern Forschungen anregen lassen! Ich selbst muss mich von jetzt an aus mehr als Einem Grunde,

---

1) Man vergleiche auch W. Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs III. (1850) S. 226 fg.

und schon aus Rücksicht auf den äussern Umfang meiner Arbeit, auf die Geschichte des Institutes in Deutschland beschränken.

§. 82.

In Deutschland geschah die Reception des römischen Rechtes unter dem unmittelbaren Einflusse der italienischen Rechtsschulen.[1] Deshalb wurde es auch zunächst nur aufgenommen so, wie es von den Italienern aufgefasst und gelehrt wurde. Die deutsche Rechtsliteratur des 15. und 16. Jahrhunderts lehnt sich durchaus und überall an die Schriften der italienischen Commentatoren an.[2] Wir dürfen uns daher nicht wundern, den in diesen Schriften enthaltenen Anschauungen und Lehren auch bei unserm Institute allenthalben wieder zu begegnen.

Zuvörderst gilt dieses von den Lehren der Italiener über den Begriff des miles und die verschiedenen Arten der milites. Sie mussten um desto leichter Eingang finden, je mehr sie im ganzen mit den schon seit langer Zeit bestehenden Vorstellungen übereinstimmten. Denn schon längst hatte man in Deutschland, wie in den andern Ländern, zwischen den milites saeculi und den milites Dei unterschieden, unter jenen die Ritter, unter diesen die Geistlichen verstanden und in beiden völlig analoge Berufsstände erblickt, denen wegen der Wichtigkeit ihrer Aufgaben unter allen Ständen der höchste Rang und mancherlei besondere Vorrechte zukämen. (§. 72.) Hiemit stand das, was die Glossatoren und Commentatoren, gestützt auf das Corpus iuris, von dem Verhältnisse der milites armatae und coelestis militiae, ihrer Stellung und ihren Privilegien lehrten, im besten und vollkommensten Einklange. Natürlich genug, da ja diese Anschauungen des Mittelalters von jenen Juristen erst in das Corpus iuris hineingelegt worden waren.

---

1) Vgl. Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I. S. 625 ff., 630 fg., II. S. 9 ff.

2) Stobbe II. S. 22 ff., Briegleb, Geschichte des Executivprocesses §. 9 (2. Aufl. S. 24 ff.), Wetzell, System des ordentl. Civilprocesses §. 3 II. (2. Aufl. S. 15 fg.). Den Nachweis im einzelnen liefert Stintzing, Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland (1867).

Die weitere Aufstellung von milites legalis militiae, welche jenen in Rang und Vorrechten gleich stünden, war freilich den Deutschen bisher fremd gewesen. Aber sie hatten auch bisher noch keine gelehrten Juristen und keine Doctoren der Rechte gehabt. Als seit dem 13. Jahrhundert Deutsche in grosser Anzahl nach den italienischen Universitäten zogen und mit dem Doctorgrade zurückkehrend die einflussreichsten und angesehensten Stellungen in dem Rathe des Kaisers, der Fürsten und Städte erhielten, Stellungen, welche bisher die Geistlichen und die Ritter eingenommen:[3] da verstand es sich eigentlich schon ganz von selbst, dass dieser Berufsstand nicht geringer geachtet werden könne, als jene beiden andern. Die Theorie, dass die Rechtsgelehrten, und insbesondere die Doctoren, gleich den Rittern und den Geistlichen zu den milites gehörten und die Ehren und Vorzüge der milites mit jenen theilten, musste daher in Deutschland, wie in Italien, nur als ein richtiger Spiegel der bestehenden Lebensverhältnisse erscheinen, als der blosse theoretische Ausdruck desjenigen, was ganz abgesehen von jeder positiven Bestimmung die Natur der Sache mit sich brachte. (Vgl. §. 76.) Natürlich diente ihr aber der Umstand, dass das Corpus iuris auch positive Anhaltspunkte für sie darbot, noch zu einer sehr kräftigen Stütze.

So kam auch dieser Theil der italienischen Theorieen schon frühzeitig in Deutschland zur Geltung. Bereits am Anfange des 14. Jahrhunderts finden sich Spuren des Grundsatzes, dass die Doctoren der Rechte als milites legum ohne Rücksicht auf ihre Geburt gleichen Rang und gleiche Vorrechte mit den Rittern hätten. Den Beweis liefert folgendes von Bonifacius VIII. († 1303) dem Capitel zu Halberstadt ertheiltes Privileg:

> Ordinamus, quod — — nullus ad canonicum vel ad aliquam praebendam seu dignitatem eiusdem ecclesiae admitti possit, — — nisi aut de *nobili* vel *ad minus de militari genere* ex

---

3) Vgl. Stobbe I. S. 631 und die dort Note 70, S. 632 Note 72, S. 633 Note 75, S. 645 Note 103 angeführten Stellen, sodann II. S. 44—49 und die Noten 3, 4, 5, 8, 9 daselbst

utroque parente procreatus, vel saltem *in sacra theologia professus*, aut *in iure canonico vel civili licentiatus et doctor* existat.[4]

Gegen das Ende des Jahrhunderts hatte sich dieser Grundsatz schon vollkommen festgestellt, wofür wir einen unanfechtbaren Beleg besitzen in dem um diese Zeit verfassten Formelbuche des Johann v. Geylnhausen, welches in Nr. 49 folgendes Formular für die Promotion eines Doctors giebt:

doctorem Civilis iuris et legitime scientie instituimus et eiusdem sacra professione, *celebri militia et militari cingulo* decoramus, Teque consortio, ordini et numero *milicie legum* doctorum et professorum — — aggregamus, ut liceat amodo tibi illam legalem et sacram scientiam ubique docere et legere, et ut omnibus privilegiis — — quibus sacrarum legum doctores, professores et *milites* freti sunt hactenus, ubique locorum pociaris.[5]

In der ersten Hälfte des 15. Jahrhunderts begegnet uns aber sogar die von den damaligen italienischen Commentatoren vertretene Ansicht, dass der Doctor der Rechte höher stehe, als der Ritter. (Vgl. §. 78.) Sie zeigt sich in einer bekannten Anekdote von dem Kaiser Sigismund. Als er den Juristen Georg Fiscellinus in den Ritterstand erhoben hatte, und dieser nun schwankte, ob er sich zu den Doctoren der Rechte oder zu den Rittern setzen sollte, sich aber endlich zu den letztern, als den seiner Meinung nach vornehmern wandte, so sagte ihm der Kaiser: „Nae tu, Georgi, nimis ridiculus es, qui militiam

---

4) Ich entnehme die Stelle aus Kraut, Grundriss zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht 4. Ausg. §. 52 Nr. 3, welcher als seine Quelle Lünig, Spicil. eccles. P. 2 Anh. S. 35 angiebt. Man vergleiche auch die bei Kraut unter Nr. 2 mitgetheilte Stelle aus dem J. 1247: Capituli maioris ecclesiae Ratisponensis statutum, ne ulli recipiantur in consortium, nisi *nobiles aut viri literati*.

5) Ich schöpfe hier aus Stobbe I. S. 633 Note 76. Man vergleiche auch die dort S. 631 Note 69 mitgetheilte Stelle aus dem Erlanger Formelbuche (Anfang des 14. Jahrh.) und das S. 623 Note 42 mitgetheilte Diplom Karl's IV. vom J. 1360.

literis anteponis, cum scias, ex idiotis me vel sexcentos uno die equites creare posse; at ex eodem genere ne unum quidem doctorem". [6]

Und der Einfluss und das Ansehen der Doctoren war zunächst immer noch im Wachsen. Namentlich erhielten sie im Laufe des 15. Jahrhunderts neben den Rittern und dem Geburtsadel Zutritt zu den obersten Gerichten im Reiche. Nicht bloss wissen wir, dass Sigismund Streitigkeiten mit dem Beirathe von Fürsten, Rittern und Doctoren entschied, [7] sondern in dem Landfrieden von 1438 §. 25 versprach bereits Albrecht II. die Bestellung seines Obergerichtes mit weisen, verständigen, fürsichtigen Rittern und Gelehrten. [8] Auch Friedrich III. sass unter Zuziehung von Fürsten, Grafen, Herren und Rechtsgelehrten zu Gericht; [9] und endlich wurde in der Kammergerichtsordnung von 1495 §. 1 verordnet, dass das Kammergericht besetzt sein solle „mit eynem Richter, der ein Geistlich oder Welltlich Fürst, oder ein Graf oder Freyherr sey, vnd sechzehen Vrtailern, die — — ye der halb tail — — der Recht gelert vnd gewirdigt, vnd der ander halb tail auf das geringest aus der Ritterschafft geboren sein sollen". [10]

Schon der Umstand, dass hier die Doctoren der Rechte vor den Ritterbürtigen genannt werden, lässt in Verbindung mit der ganzen Ausdrucksweise deutlich genug erkennen, dass jetzt — wiederum in Uebereinstimmung mit der italienischen Literatur (§. 78) — den Doctoren geradezu ein persönlicher Adel und ein Vorzug vor dem niedern, nicht wirklich mit der Ritterwürde verbundenen blossen Geburtsadel beigemessen wurde. Am allerklarsten und unzweideutigsten aber erhellt der damalige Stand

---

6) Dubravii Hist. Bohem. a. Jordano illustr. Lib. 25 p. 665. Ich entnehme die Stelle aus Kraut, Grundriss zu Vorlesungen über das deutsche Privatrecht 4. Ausg. §. 52 Nr. 1. — Man vergleiche auch Petrus de Andlo, De imperio romano (scr. c. a. 1460) lib. II. cap. 13 in f. (ed. Argentor. 1612 p. 123).

7) Stobbe I. S. 623 Note 44.

8) Koch, Neue Sammlung der Reichsabschiede I. S. 157.

9) Wetzell, System des ordentl. Civilprocesses 2. Aufl. S. 329.

10) Koch, Reichsabschiede II. S. 6.

dieser Verhältnisse aus den Kleiderordnungen in den Reichsabschieden von 1498 §. 39 und von 1500 Tit. 23 §. 5—8. Hier werden unterschieden „die vom Adel, die nicht Ritter oder Doctores sind" und „die vom Adel, die Ritter oder Doctores sind". Den letztern wird eine reichere Kleidung gestattet, als den ersten; unter einander aber werden sie gleich gehalten. Dieses beweist erstens, dass man die wirklichen Ritter und die Doctoren, ohne Unterschied der Geburt, zum Adel rechnete, zweitens, dass man ihnen unter einander gleichen Rang zuschrieb, drittens, dass man diesen Rang für höher ansah, als denjenigen der blossen Ritterbürtigen.[11]

11) S. Koch, Reichsabschiede II. S. 47 fg., 79. Man darf nicht etwa glauben, dass hier nur ein Unterschied gemacht werden solle zwischen den Geburtsadeligen, welche zugleich wirkliche Ritter oder Doctoren, und denen, welche nicht wirkliche Ritter oder Doctoren seien, und dass nur solchen, welche adelige Geburt mit der Ritter- oder Doctorwürde vereinigten, ein Vorzug vor den bloss Geburtsadeligen zugesprochen werden solle. Dass eine solche Auslegung nicht die richtige wäre, ergiebt sich aus dem Wortlaute des R. A. v. 1500 Tit. 23 §. 6 (wörtlich übereinstimmend mit dem R. A. v. 1498 §. 39 Absatz 6): „Item: Bürger in Städten, die nicht vom Adel, Ritter oder Doctores sind, sollen kein Gold, Perlin, Sammet, Scharlach, Seyden, Zöblin oder Hermlin Futter tragen" und aus einem Zusammenhalte der Vorschrift dieses Paragraphen mit denjenigen der §§. 5, 7 und 8. Wegen des verwandten Inhaltes einer baierischen Polizeiordnung von 1501 vergleiche man Stobbe II. S. 54 Note 18. Auch in der Reichspolizeiordnung von 1530 Tit. 14—17 (Koch II. S. 338) werden bezüglich der Kleidung und des Pferdezeuges die Doctoren und Ritter gleich gestellt und beiden ein Vorzug vor den blossen Geburtsadeligen, selbst vor Grafen und Herren, gegeben. Aehnliche, jedoch für die Doctoren schon etwas minder günstige Bestimmungen stehen in den Reichspolizeiordnungen von 1548 Tit. 11—14 (Koch II. S. 594) und von 1577 Tit. 11—14 (Koch III. S. 384 fg.). — Ein weiteres gewichtiges Zeugniss für die hohe Schätzung und Stellung der Doctoren am Anfange des 16. Jahrhunderts findet sich bei Stobbe I. S. 632 Note 70. Endlich verweise ich noch auf folgende Bemerkung des Petrus ab Andlo, De imp. rom. lib. II. cap. 11 (p. 111): „Imo secundum leges quilibet Doctor dicitur nobilis et gaudet privilegio nobilium, ut vult Bartolus in l. medicos C. de dignit. lib. XII. (?), et si viginti annis in cathedra legerit, Comitis privilegio gaudere debet, ut ibi notatur." Aus den weitern Aeusserungen dieses Schriftstellers geht indessen hervor, dass der Adel der Doctoren zu seiner Zeit in Deutschland noch keineswegs allgemein anerkannt war, dass vielmehr die Volksanschauung nur den

An den solchergestalt von den Italienern übernommenen Begriff des miles armatae und inermis militiae knüpfte man nun, immer den Italienern folgend, auch die Privilegien an, welche das Corpus iuris den milites beilegt. Und zwar machte man dabei die nämliche Unterscheidung, wie jene, zwischen denjenigen Privilegien, welche in der muthmaasslichen Rechtsunkenntniss ihre Wurzel hätten, und denjenigen, deren Grund in der dignitas liege. Während man die ersten auf die milites armatae militiae beschränkte, weil ihr Grund nur bei diesen zutreffe, sprach man die zweiten, also die besondern Ehrenrechte, auch den milites legalis und coelestis militiae zu. Es waren gerade die werthvollsten. Denn es gehörte dahin nicht nur die Entbindung von vielen drückenden persönlichen Diensten, Lasten und Abgaben, sondern auch und namentlich die Freiheit von der Folter und von der Schuldhaft und das allgemeine beneficium competentiae gegenüber sämmtlichen Forderungen. (Vgl. §. 77.) Und auch in diesem Stücke konnte die Reception des römischen Rechtes und der italienischen Theorieen nicht auf besondere Schwierigkeiten stossen, weil die Ritter und die Geistlichen in Deutschland schon seit langer Zeit mehrere dieser Privilegien gehabt hatten.[12]

Geburtsadel als Adel gelten lassen wollte. Ferner zeigen sie, dass die Geburtsadeligen damals Bildung und Wissenschaft verachteten und die Beschäftigung damit geradezu für unadelig ansahen. Beides Umstände von grosser Erheblichkeit für das Verständniss der spätern Entwickelung.

12) Namentlich die Freiheit von Steuern und niedern Diensten. S. §. 75 Anm. 4. — Die im Texte dargelegte Theorie findet sich z. B. in der Wormser Reformation von 1498, welche ihrem ganzen Charakter nach (vgl. Stobbe II. S. 335) als ein treuer Spiegel der damaligen Lehre betrachtet werden kann. Vgl. Worms. Ref. I. tit. 9, IV, 4 tit. 9, IV, 5 tit. 1, VI, 2 tit. 5 und 20 (Stobbe II. S. 54 Note 19). Auf das unzweideutigste wird sie ausgesprochen in den gegen die Mitte des 16. Jahrhunderts (etwa 1545—1548) zu Tübingen gehaltenen Vorlesungen des Joh. Sichard über das sechste Buch des Codex. Zu der Rubrik des Titels VI, 21 de testamento militis nr. 4, 5 sagt Sichard nämlich folgendes: „Sed nunc oritur dubitatio, cum gloss. in leg. Miles, Digestis, de re iud. comparet militibus armatae militiae, habentibus illa tam praeclara privilegia, milites inermis militiae, id est Doctores, item milites coelestis militiae, id est clericos, an illi aequiparati veris militibus habeant etiam eadem privilegia (nämlich die militärischen Testamentsprivilegien). Nam dicitur vulgo: ab aequi-

Denn unter den milites armatae militiae verstand man, wie ich schon erwähnt habe, in Deutschland, wie in Italien, zunächst bloss die Ritter, das heisst diejenigen, welchen wirklich die

---

paratis argumentari licere. Sed certe respondeo, quod non, per ea quae tradit Cynus in dict. leg. prim. in sexta quaest. supra de iur. et fact. ignorant., ubi allegat Iacob. de Aren. [al. Raven.] (richtig ist: Iacobus de Ravanis), qui fuerat solitus dicere, quod in quocunque privilegio, lege, vel statuto semper esset inspicienda ratio privilegii, legis vel statuti; nam in universum ratio facit legem et statutum vitale. Nunc si inspicimus rationem, quare doctores et clerici non debeant habere illud privilegium, apparebit hoc esse recte constitutum. Si enim ideo milites sunt privilegiati, quia versantur circa arma, nec vacat illis legibus operam dare, illa ratio nequaquam habebit locum in doctoribus, nec in clerico; nam illis maxime vacat studere legibus et paci per otium, et praesertim si respicias Doctores. Nam scimus, quod in quibuscunque casibus parcitur aliquibus propter imperitiam, ut, quia exceptiones non suo loco quis proposuit propter rusticitatem vel simplicitatem, parcitur ei, ut deinde opponat: dict. l. sup. de iur. et fact. ignorant., toties doctori non succurreretur: ut ibi doctores tradunt. Turpe enim est, ut dicit text. in l. 2 §. Servius autem Sulpicius, Digest. de orig. iur., versari aliquem tanquam peritum inter aliquos et ignorare illorum leges. Cum ergo sit diversa ratio in doctoribus et clericis, quam est in veris militibus, ergo privilegia non possunt habere locum. Unde trade vobis pro regula: *Quod quia comparantur militibus doctores et clerici generaliter in iure quoad privilegia, quod illa aequiparatio semper sit aestimanda a ratione, ut, si eadem ratio sit in clerico et in Doctore, quae est in milite armato, ut eadem etiam iuris dispositio servetur*: per l. illud Digest. ad l. Aquil. Et sic comparantur ex rationis identitate in l. advocati supr. de advocat. divers. iudic.; item ratione dignitatis, ut, quemadmodum milites armati non possunt torqueri, l. milites infr. de quaest., nec etiam coniici in carcerem, ut per Bald. in l. I. inf. qui bon. ced. poss., sic etiam ex eadem dignitate Doctores et clerici non possunt torqueri, nec etiam detineri in carcere propter debita. Et ita quemadmodum miles armatus non tenetur in plus quam facere potest, dict. leg. miles de re iud., ita etiam Doctor condemnatus non posset in plus quam facere possit, scil. ne ipse egeat, exigi.“ Ich habe die Stelle vollständig und wörtlich mitgetheilt, weil sie zugleich ein vortrefflicher Beleg ist für die damalige Art der Behandlung des Rechtes in Deutschland und namentlich für die damalige vollständige Anlehnung an die italienische Literatur. Eine noch mehr in die Einzelheiten eingehende Ausführung der gleichen Gedanken giebt der niederländische Jurist Nicolaus Everhardus in seinen Loci argumentorum legales oder Topica (I. Ed. Lov. 1516) Loc. 56 p. 292 sqq. (In der Ausgabe: Francof. 1581 p. 287 sqq.)

Ritterwürde zu Theil geworden war. Und die römischen Privilegien der milites sah man demgemäss als Privilegien der Ritter an.[13] Bei den milites inermis militiae aber dachte man an die Geistlichen und an die Doctoren. Der Advocaten geschieht, wo von den milites und ihren Privilegien im allgemeinen die Rede ist, am Ende des 15. und am Anfange des 16. Jahrhunderts noch so gut wie gar keine Erwähnung.[14] Dieser Umstand ist sehr bemerkenswerth. Er zeigt, dass man auch in Deutschland dem Buchstaben des Corpus iuris und sogar den Lehren der Italiener keinesweges blindlings und sklavisch folgte, sondern dass man sich von beidem nur aneignete, was man für die deutschen Verhältnisse angemessen und brauchbar fand. Denn anders als mit Hülfe dieser Annahme lässt sich jene Erscheinung nicht begreifen. Das Corpus iuris erklärt ja in der L. 14. C. de adv. div. iudicior. 2, 7, auf welche man die Eigenschaft der Doctoren als milites stützte, ausdrücklich bloss die Advocaten für milites, und es schreibt auch nur ihnen, nicht den Doctoren ein quasi castrense peculium zu. Der Satz, dass die Doctoren milites seien, war aus diesen Aussprüchen des Corpus iuris nur mittelbar abgeleitet. Auch hatten die italienischen Juristen, ob sie gleich späterhin die Doctoren in den Vordergrund stellten,

---

13) Den ausreichenden Beweis liefern die angeführten Stellen der Wormser Reformation und die bekannte Stelle der Notariatsordnung von 1512, Tit. Von Testamenten §. 2, worin das privilegierte testamentum militare als ein Testament der „Ritter" behandelt wird. Dass aber das Reichsgesetz unter den Rittern nicht sämmtliche Kriegsleute versteht, erhellt aus den Kleiderordnungen der Reichsabschiede von 1498 §. 39 und von 1500 Tit. 23 §. 4 ff., in welchen die „reisigen Knechte" neben den Rittern genannt und von diesen scharf geschieden werden.

14) Man vergleiche die angeführten Stellen der Wormser Reformation und das mitgetheilte Stück aus den Vorlesungen Sichard's. Petrus de Andlo, De imp. rom. lib. II. cap. 13 (p. 122) erwähnt zwar die Advocaten, stellt aber als milites literatae militiae nur die „advocati *sacri consistorii*" hin, denn er sagt: „Est etiam praeter armatam militiam iuxta sacratissimarum legum traditionem et altera militia inermis, coelestis videlicet, quae est sacerdotum, et literata, qua sacri consistorii advocati militare dicuntur". Also kein Gegenbeweis, sondern vielmehr ein neuer, kräftiger Beleg für die Ausführungen des Textes.

jederzeit festgehalten, dass alle Advocaten zu den milites gehörten und an ihren Privilegien Theil hätten.[15] Allein in Deutschland passte dieses zu der damaligen thatsächlichen Stellung der Advocaten nicht. Die Sachwalterschaft und der Fürsprecherberuf war im ganzen in den Händen der Halbgelehrten. Die Doctoren hielten sich diesem Berufe meist fern und sahen auf ihn mit ziemlicher Geringschätzung herab.[16] Wie hätten sie sonach daran denken können, den Angehörigen desselben gleichen Rang und gleiche Privilegien mit den Rittern und mit sich selbst zuzuschreiben! Der widerstreitende Wortlaut des Corpus iuris beengte sie so wenig, als in ähnlichen Fällen die italienischen Juristen. Eine Einwendung stand überhaupt kaum zu erwarten, und kam sie dennoch vor, so war sie leicht durch die Erwiderung zu beseitigen, dass die deutschen Advocaten eben andere, als die römischen und italienischen seien, und dass mit der ratio legis auch die dispositio legis wegfalle. (Vgl. Anm. 12.)

Diese Beobachtungen werfen nicht nur ein Licht auf den Sinn, in welchem ursprünglich die Reception des römischen

---

15) Ich verweise auf §. 77, und um möglichst gleichzeitige italienische Schriftsteller zu nennen, beziehe ich mich noch besonders auf Iason ad L. 1 C. de iur. et facti ign. 1, 18 in add. ad nr. 7: „Item quaero, numquid ista lex habeat locum in militibus inermis militiae, ut sunt *advocati* et doctores“ rel., und auf Alciatus in L. Paterf. [182] D. de V. S. 50, 16 nr. 3 (Opp. omn. Basil. 1571 Tom. I. p. 353): „In filiisfamilias profectitium dicitur, quod propter patrem habent, adventitium, quod aliunde, castrense, quod militibus acquiritur, quasi castrense, his, qui privilegia militum habent, quales sunt sacerdotes et *advocati*“. Auch in Frankreich, wo die thatsächliche Stellung des Advocatenstandes eine ähnliche war, wie in Italien, hatte man die Advocaten schon seit dem 14. Jahrhundert als chevaliers ès loix anerkannt und ihnen gleichen Rang mit den Rittern beigelegt. Vgl. Jean Bouteiller, Somme rural (Par Louys Charondas le Caron. Paris 1603) II. tit. 2 (p. 672): den Geschwistern brauche nicht conferiert zu werden „le gaing, que peut faire un aduocat en fait d'aduocacerie; — — tant est noble gaing, si ne faict gaing faict en cheualerie; car selon la loy si comme dict est, *tous sont comptez d'une condition en cheualerie et aduocacerie*“. S. auch Schäffner, Geschichte der Rechtsverfassung Frankreich's II. S. 441—444.

16) Stintzing, Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland S. XXXI ff.

Rechtes geschah, sondern sie beweisen hier insbesondere, dass die Theorieen der deutschen Juristen des 15. und 16. Jahrhunderts von den milites armatae und inermis militiae und ihren Privilegien, wenn man sie auch in der damals beliebten Weise an das Corpus iuris anknüpfte, doch nicht als blosse Versuche einer objectiv richtigen Auslegung desselben betrachtet werden dürfen, sondern dass sie vielmehr der völlig bewusste und selbständige Ausdruck des damaligen Rechtsbewusstseins waren und folglich wahres Gewohnheitsrecht enthielten oder mindestens bei dem Hinzutritte einer längern praktischen Uebung begründeten. Es verhält sich also mit ihnen nicht anders als etwa Beispiels halber mit den bekannten beiden Provocationen. Demnach sehen wir, dass in dem ganzen Bereiche unserer Lehren das wahre und echte Justinianische Recht gar nicht recipiert worden ist, und dass man es nicht einmal recipieren wollte. Sondern als geltendes gemeines Recht kann hier nur angesehen werden die Gestalt, zu welcher sich jene mittelalterlichen Lehren durch Theorie und Praxis allmählich entwickelt haben.

Doch ich muss zunächst zu diesen Lehren selbst zurückkehren.

§. 83.

Als die milites armatae militiae, hatte ich gesagt, betrachtete man die Ritter, als die milites inermis militiae die Doctoren und die Geistlichen. Unter den Doctoren meinte man in erster Linie die Doctores iuris; doch war man, wie die Italiener (§. 78), geneigt, den Doctoren anderer Wissenschaften, namentlich denen der Medicin, ebenfalls den Charakter und die Privilegien der milites einzuräumen. Ueberall aber knüpfte man, auch hierin den Italienern folgend (§. 78), die Privilegien der milites, oder mindestens das volle Maass derselben, nicht schon an den blossen Titel eines Ritters oder Doctors, sondern man erforderte, dass der Ritter oder Doctor auch wirklich seinen Beruf ausübe.

Den Beweis aller dieser Sätze liefert für das Ende des 15. Jahrhunderts die Wormser Reformation VI. 2 tit. 5. Hier wird nämlich verordnet, es sollten nicht peinlich befragt werden: „Erlüchte Personen, Doctores der Rechten, der Artzney, die

offenbarlich jr Ampt üben, in Schulen lesen oder ampt tragen, Ritter, die jre Ritterschafft üben".[1]

Nun waren seit den Hussitenkriegen in die Heere neben der aufgebotenen Lehnsmannschaft in immer steigendem Maasse gedungene Söldnerschaaren aufgenommen worden. Seit dem Ende des 15. Jahrhunderts bestand der Kern eines jeden grössern Heeres aus solchen gemietheten, meist nicht adeligen Söldnern. Neben ihnen wollte ein grosser Theil der Adeligen nicht mehr im Heere dienen, sondern zog es vor, auch seinerseits Söldner zu schicken. Zudem hatten jetzt die Fusstruppen ein entschiedenes Uebergewicht über die Reiterei erhalten, und gegen die neuen Feuerwaffen erwiesen sich die ritterlichen Waffen und Rüstungen vollends als nutzlos. So zog sich der Adel mehr und mehr von dem Heerdienste zurück. In einem grossen Theil seiner Mitglieder schwand aller kriegerischer Sinn; der Rittertitel, den man leicht für Geld erkaufen konnte, diente vielen nur noch zu leerem Prunke und gieng durchaus nicht stets mehr mit wirklicher kriegerischer Lebensweise Hand in Hand.[2]

Unter diesen Umständen gelangte man am Anfange des 16. Jahrhunderts auch in Deutschland zu der in Italien schon zwei Jahrhunderte früher verhandelten Frage (§. 78), ob den milites der Gegenwart, den equites aurati, die Privilegien der milites zukämen. Schon Zasius in seinem 1532 herausgegebenen Tractatus Substitutionum cap. V. (Opp. Francof. 1590 T. V. p. 94 col. I.)

---

1) Man vergleiche auch Petrus de Andlo, De imp. rom. (c. a. 1460) lib. II. cap. 13 (p. 120 sq.): „At plurimi ex militum grege reperiuntur hodie, nullo armorum exercitio vel stirpis etiam genere nobilitati, sed otio potius et inertia torpentes ita se agunt, ut respublica in suis commodis eos nondum natos esse persenserit, eoque solum, quod a Principe in camera forte ense succincti sunt, honore gaudere militari volunt, quos ego non aliter tanti pendo, quam idiotam aliquem per Papalem bullam doctoratum". Eine verwandte Aeusserung über den blossen Briefadel findet sich in lib. II. cap. 11 (p. 113).

2) Wegen dieser Verhältnisse beziehe ich mich auf Stenzel, Geschichte der Kriegsverfassung Deutschlands S. 261 ff., besonders S. 264, 284 ff., und auf Freytag, Bilder der deutschen Vergangenheit 5. Aufl. II. Abth. 1. S. 408 ff. Vgl. auch die vorige Anmerkung.

berührt die Frage. Er entscheidet sich für die Ansicht des Cinus (S. 559), dass die milites, welche sich wirklich dem kriegerischen Berufe widmeten und zum Schutze des Staates oder ihrer Stadt oder ihres Königs und Herrn bereit stünden, auch die militärischen Privilegien geniessen müssten. Dabei bemerkt er, dass er diese Ansicht ganz kürzlich auch vor Gericht durchgesetzt habe.

Noch bestimmter erklärt sich Sichard ad rubr. tit. Cod. de test. mil. 6, 21 nr. 7. Es sei eine „pulcra dubitatio“, ob die „milites nostri temporis, quos vocamus Equites auratos“, das militärische Testierprivileg hätten. Darauf sei leicht zu antworten; denn wenn die ratio, weshalb den milites die Testamentsförmlichkeiten erlassen seien, auch bei jenen milites zutreffe, dann müsse „per iura vulgata“ auch die nämliche iuris dispositio anerkannt werden. Und wenn daher in der Gegenwart ein solcher miles an einem Feldzuge Theil nähme, so würde er auch die militärischen Privilegien haben. Wenn er aber auswärts auf Reisen sei oder zu Hause sitze, „ut fere fit“, dann müssten, weil die ratio der Privilegien wegfalle, auch die Privilegien selbst wegfallen. Darum sage Baldus sehr richtig, dass auf solche milites die Privilegien der milites keine Anwendung finden könnten, weder zu ihren Gunsten, wie z. B. die Testierprivilegien, noch auch zu ihren Ungunsten, wie z. B. die Unfähigkeit, Procuratoren zu sein. „Tamen *privilegia, quae ex dignitate et praerogativa habent veri milites, retinerent etiam illi milites*, id est quod non torquerentur, non coniicerentur in carceres.“

Diese letzte Einschränkung ist aller Beachtung werth. Denn sie lehrt, dass man, allerdings auch hier im Anschlusse an die Italiener (S. 562), auf die sich Sichard ausdrücklich beruft, bereits in der Mitte des 16. Jahrhunderts anfieng, die Privilegien der milites auf eine neue Weise in zwei Klassen zu zerlegen: in die einen, welche in der kriegerischen Beschäftigung, und in die andern, welche in der dignitas militaris ihren Grund hätten. Nun wurden die meisten Ehrenrechte des Ritterthums, die eigentlichen Adelsrechte, schon damals allen Ritterbürtigen als solchen vermöge ihres Geburtsstandes zugeschrieben. (§. 71 a. E.) Und es würde sich leicht nachweisen lassen, dass dieses

auch in Ansehung jener zweiten Klasse der römischen Militärprivilegien geschah, und dass letztere nach und nach als ein Theil der allgemeinen Adelsrechte angesehen wurden. Doch kann ich diese Frage hier nicht verfolgen, weil das castrense peculium zu dieser Klasse von Privilegien jedenfalls nicht gerechnet ward.[3]

Auf der andern Seite musste bald die Frage auftauchen, ob nicht die gedungenen Söldner auf die Privilegien der milites Anspruch hätten. Wiewohl man ihnen Anfangs nur höchst widerwillig den Namen der milites zugestand, so konnte man sich doch bei den Fortschritten, welche das Studium des Alterthums gemacht hatte, in Deutschland, wie in Italien, unmöglich verhehlen, dass diese Söldner den altrömischen milites verwandter seien, als die damaligen Ritter, und dass die letztern eher den römischen equites entsprächen.[4] Man gewöhnte sich daher nach und nach,

---

3) Ich begnüge mich mit folgenden Citaten, aus denen erhellt, dass man im 17. und 18. Jahrhundert das allgemeine beneficium competentiae der milites und folglich die Freiheit von der Schuldhaft allen Adeligen zusprach: Carpzov, Iurispr. forens. P. I. const. XXXII. def. 15 mit Berufung auf Urtheile des Leipziger Schöppenstuhls von 1631 und 1636; Struvius, Synt. iur. civ. Exerc. XLIV. §. 20 nr. 7 et Petr. Müller ibid. in add. μ; Stryk, Usus modern. XLII, 3 §. XXI.; Leyser, Meditat. ad Pand. Spec. DCLXIV. med. 34. Ferner will ich noch erwähnen, dass Leyser ebendaselbst med. 38 es als ein allgemeines Privileg der Adeligen hinstellt, ohne besondere Genehmigung des Landesherrn nicht gefoltert werden zu dürfen. Und ganz unbedingt spricht die milites, decuriones, *nobiles* und doctores von der Tortur los Stryk, Us. mod. XLVIII, 18 §. III.

4) Sehr deutlich spiegelt sich die Sachlage, wie sie im ersten Drittel des 16. Jahrhunderts war, ab in folgender Bemerkung des Zasius a. a. O. (S. 593): „Caeterum stipendiatos istos martiales, qui castra sequuntur propter nummos, etiam in bellis iniustis, removet Politus a nostro privilegio, *quamvis quis eos milites nominaverit*". Und wie deutlich man in der Mitte des Jahrhunderts erkannte, dass die milites des Corpus iuris nicht als Ritter im Sinne der damaligen Zeit, sondern nur als Kriegsleute aufgefasst werden dürften, erhellt aus der Uebersetzung der Institutionen von Gobler (Frankf. 1557 fol., Widmungsbrief von 1551), worin miles stets mit Kriegsmann übertragen ist. Beiläufig will ich hier erwähnen, dass noch im Jahre 1529 in Augsburg eine Uebersetzung des Vegetius de re militari erschienen war unter dem Titel: Flauij Vegetii Renati vier bücher der Ritterschafft.

auch jene, und zuletzt sie vorzugsweise als milites zu bezeichnen, die Ritter dagegen equites zu nennen. Dadurch wurde man denn aber ganz von selbst auf jene Frage geführt. Von Zasius wird sie laut seiner in der Anmerkung 2 mitgetheilten Aeusserung noch verneint. Allein bereits Mynsinger spricht sich in einem seiner Consilia (Basil. 1576 Cons. 46) für die Bejahung aus. Man müsse, sagt er, dreierlei Bedeutungen von miles und folglich drei Arten von milites unterscheiden: 1) die „veteres milites, qui apud Romanos ad signa Imperii iurarunt", 2) die „milites, quos vulgo equites auratos nominamus: et hi domi residere, nec militia vel ea rarius utuntur", 3) die „milites, qui nostro tempore saepius publica et honesta bella sequuntur et stipendia a principibus, quibus inserviunt, merentur", das heisst also die gedungenen Soldtruppen. Die Privilegien, welche das Corpus iuris den milites gewähre, bezögen sich zunächst auf die milites der ersten Art. Die der zweiten hätten einige äusserliche Ehrenrechte (pellis variae, deauratorum calcarium, cum quadam praerogativa reverentiae salutantur); der übrigen militärischen Privilegien seien sie nicht würdig. Den milites der dritten Art dagegen müsse man die Privilegien der milites veteres zuschreiben, und das sei auch die Meinung der Mehrzahl der Doctoren.[5]

Aehnlich erklärt sich Mynsinger in der dritten, kurz nach seinem Tode 1588 erschienenen, von ihm selbst noch vorbereiteten, aber von Reyger besorgten Ausgabe seines sog. Apotelesma zu der Rubrik des Institutionentitels de militari testamento 2, 11 nr. 4 sqq.: Einige meinten, dieser Titel habe gegenwärtig keine Geltung mehr, und die Privilegien, welche den römischen milites verliehen worden, seien auf die milites der Gegenwart nicht anwendbar, da diese nicht unter Beobachtung der alten Formen in das Heer eingereiht würden. Eine andere, überwiegende Ansicht dagegen erkenne auch den heutigen milites jene Privilegien zu und halte die neuen Formen für genügend, falls jene nur wirklich den kriege-

5) Hält man diese Ausführung zusammen mit der S. 564 mitgetheilten Aeusserung eines italienischen Juristen aus der Mitte des 16. Jahrhunderts, so muss alsbald wieder die überraschende Aehnlichkeit auffallen.

rischen Beruf übten; „idque recepta dudum Germaniae nostrae consuetudo probat". Viglius füge dem noch bei, dass nicht einmal die alte Förmlichkeit stark verändert sei. Denn die beiden wesentlichsten Stücke derselben: die Eintragung in die Listen und die Eidesleistung, bestünden auch jetzt noch in Uebung.[6] Das weitere, was Accursius erfordere: die Umgürtung mit dem Schwerte, die Bezeichnung mit Stigmata, die Prüfung, die Enthaltung von Gewerbsbetrieb und Kaufmannschaft (S. 532 ff.), das alles sei nicht so nothwendig, dass ein Mangel daran dem Wesen der Sache Eintrag thue.

Gaill in seinen Practicae Observationes (letzte von ihm besorgte Ausgabe 1585 erschienen) Lib. II. obs. 118 nr. 1, 2 erwähnt sogar einen Beschluss des Reichskammergerichtes des Inhaltes, dass die militärischen Privilegien, insbesondere die Testierprivilegien, noch in Geltung seien, obwohl die römische Art und Form der Aufnahme der milites ausser Gebrauch gekommen. Leider erkennt man nicht recht, ob dabei bloss an wirkliche im Heer dienende Ritter, oder auch an die Landsknechte gedacht sei. Da Gaill in nr. 15, 16 von dem Rangverhältnisse zwischen miles und Doctor redet, so scheint eher jenes die Meinung gewesen zu sein. Von den spätern Schriftstellern indessen ist der kammergerichtliche Beschluss sehr allgemein in dem andern, weitergehenden Sinne aufgefasst worden. Unter andern von dem Tübinger Professor Heinrich Bocer in seinem Tractatus de bello et duello (in neuer Bearbeitung herausgegeben Tub. 1607) cap. 28: eine Erörterung, welche eine besondere Erwähnung verdient nicht allein darum, weil sie in der Folgezeit häufig benutzt und angeführt worden ist, sondern auch um deswillen, weil sie sehr deutlich zeigt, welche Fortschritte inzwischen die neue Begriffsbildung gemacht hatte, und wie man schon damals die italienischen Juristen des 14. und 15. Jahrhunderts, ja selbst die deutschen aus dem Anfange des 16. Jahrhunderts nicht mehr verstand.[7]

---

6) Hiezu vergleiche man Freytag, Bilder der deutschen Vergangenheit 5. Aufl. II. 1. S. 412, III. S. 42, 43.

7) In Bocer's Bewusstsein ist der Begriff des miles armatus bereits vollkommen einerlei mit unserm heutigen Begriffe des Soldaten, denn er

Seit dem Anfange des 17. Jahrhunderts ist mir überhaupt ein ernstlicher Zweifel, ob sämmtliche Soldaten und Kriegsleute die militärischen Privilegien hätten, nicht weiter aufgestossen, ungeachtet aller Veränderungen, welche die Kriegsverfassung seit dem dreissigjährigen Kriege in dem Uebergange von den zeitweise gedungenen Söldnerhaufen zu dem ursprünglich geworbenen, nachher theils durch Werbung, theils durch Aushebung ergänzten, zuletzt und in unserer Zeit fast bloss noch mittels Aushebung aus dem Volke gebildeten stehenden Heer erfahren hat.[8] Die Frage wurde zwar noch eine Zeit lang sehr allgemein berührt, aber nur, um eben so allgemein bejaht zu werden. Als vornehmlichster Entscheidungsgrund tritt dabei gewöhnlich die Erwägung auf, dass die Gründe, aus denen die römischen Privile-

definiert in nr. 2 die armati milites als diejenigen, „qui nostro tempore publica et honesta bella sequuntur, et stipendia a principibus, quibus serviunt, merent". Und so sehr sind ihm die beiden Begriffe einerlei, dass er in nr. 3 die equites aurati gleich den Advocaten und den Doctores legentes nur noch zu den milites civiles, togati sive *pagani* rechnet. Ferner ist es ihm so selbstverständlich, dass man von jeher allen milites armati in dem von ihm angenommenen Sinne, also auch den gedungenen nicht ritterlichen Söldnern, die römischen Privilegien der milites zugeschrieben, dass er sich dafür in nr. 8 unter andern auf die oben angeführte Stelle des Zasius beruft. Die in der Anmerkung 4 mitgetheilte Aeusserung desselben versteht er in nr. 6 nur noch von Söldnern, welche sich des Geldes wegen an ungerechten Kriegen betheiligen. Und die Aussprüche der Italiener über die müssigen milites, welche sich auf den Strassen und Plätzen herumtreiben, Aussprüche, die, wie wir gesehen, den eiteln, aber äusserst harmlosen Titularrittern galten (§. 78), bezieht er in nr. 7 auf — die „Gart und Herrnlosen Knechte" (!), die er näher beschreibt als die „milites, qui in plateis et viis ubique spaciantur, in pagis vagantur et *rusticorum anseres et gallinas furantur*, ipsosque rusticos misere concutiunt, exedunt, divexant, atque scelerate depraedantur, qui nulli domino serviunt, sed ociosi nebulones sunt, et militare dicuntur sicut catulus in sylvis". Vgl. dazu Freytag III. S. 46. Die „milites Florentini" des Cinus, Bartolus und Baldus und die berüchtigten „Gartbrüder", mit denen sie hier zusammengeworfen werden, — man kann sich in der That grössere Gegensätze gar nicht denken. Und ich weiss keinen stärkern Beweis beizubringen für die Wahrheit, wie sehr jede Zeit geneigt ist, alles in dem Lichte ihrer eigenen Zustände und Verhältnisse zu erblicken.

8) Vortrefflich sind diese Uebergänge dargestellt von Freytag IV. Nr. 4 (S. 174 ff.).

gien der milites hervorgegangen, auch bei den modernen Soldaten zuträfen.[9] Wie man sich in Ansehung der militärischen Testierprivilegien mit der bloss von Rittern redenden Notariatsordnung abfand, habe ich bereits bei einer andern Gelegenheit angegeben.[10] Zuletzt vergass man gänzlich, dass die Frage jemals streitig oder selbst nur zweifelhaft gewesen. Man nahm an, dass durch die Reception des römischen Rechtes die Privilegien der römischen milites ohne weiteres und von dem ersten Anfange an auf sämmtliche deutsche Kriegsleute übergegangen seien, und man war jetzt geneigt, in dem Ausspruche der Notariatsordnung die Absicht einer Neuerung, einer Einschränkung der militärischen Testamentsprivilegien zu Ungunsten der Ritter zu erblicken.[11]

Daneben wurde aber ziemlich lange noch die Frage erörtert, ob nicht auch die equites aurati der Militärprivilegien theilhaft seien. Acacius Enenkel, Baron von Hoheneck, machte in seinem Buche De privilegiis militum et militiae (1607) Lib. I. cap. VI. einen äusserst geschickten Versuch, sie ihnen gegen die bestehende gemeine Meinung unbedingt zu retten. Durch seine Gründe liess sich alsbald das Collegium Argentoratense lib. XXIX. tit. 1 nr. 4 II. für seinen Standpunkt gewinnen. Nur die militärischen Testierprivilegien versagt es den equites aurati, falls diese nicht wirklich als Soldaten an einem Feldzuge betheiligt seien; auf alle übrigen militärischen Privilegien dagegen, meint es, könnten sie mit Recht Anspruch machen. Und dieses scheint auch der

9) Ich nenne z. B. Enenkel, De privil. milit. (1607) Lib. I. cap. III., IV., Iust. Meier, Colleg. Argentorat. (zuerst 1617) XXIX, 1 nr. 3 II., Bened. Carpzov († 1666), Iurispr. forens. P. III. const. IV. def. 26 nr. 4, 5, Wolfg. Ad. Lauterbach († 1678), Colleg. theor.-pract. XXIX, 1 §. XII., Stryk († 1710), Usus modern. Pand. XXIX, 1 §. I., Joach. Hoppe († 1712), Comm. ad Inst. (Ed. II. 1694) ad pr. I. de milit. test. 2, 11, Joh. Henr. de Berger († 1734), Oecon. iur. lib. II. tit. IV. th. V. not. 2—5, Leyser, Meditat. ad. Pand. Vol. I. (Epist. dedic. d. a. 1717) Spec. LVII. nr. V. (Ed. III. p. 628 sqq.).

10) Zur Geschichte des Soldatentestamentes S. 27. Man vergleiche z. B. Meier, Stryk, Berger a. d. a. OO.

11) Ich verweise auf meine in der vorigen Anmerkung erwähnte Schrift S. 24, 28 fg.

Standpunkt von Stryk, Usus modernus Pandectarum lib. XXIX. tit. 1 §. II. zu sein, wenn er auf die Frage, ob das militärische Testierprivileg auch den „militibus equestris ordinis et imprimis militiae sacrae addictis" zustehe, bemerkt, dass dieses Privileg nur denjenigen milites zu statten komme, „qui in praesenti statu belli sunt", und nun so fortfährt: „At vero tales non sunt hodie militiae sacrae addicti in Germania, cum raro actu militent, et ita privilegia *militibus actu militantibus indulta* sibi vindicare nequeunt". Bei den spätern ist die Frage völlig verschwunden. Für uns hat sie keine praktische Bedeutung mehr, weil der Johanniter- und der Deutsche Orden am Anfange unseres Jahrhunderts aufgehoben worden sind, und die Ritterorden, wie sie gegenwärtig in Deutschland bestehen, mit den frühern nichts mehr gemein haben. Jedenfalls kann ich sie hier auf sich beruhen lassen. Denn seit länger als einem Jahrhundert hat niemand daran gedacht, dass ein Ritter, der nicht zugleich wirklicher Soldat sei, ein castrense peculium erwerben könne.

§. 84.

Was die Doctoren anlangt, so hatten es die Adeligen von Anfang an nicht mit günstigen Augen angesehen, dass jene, auch ohne edle Geburt, gleichen Rang mit ihnen und, falls sie nicht wirkliche Ritter waren, sogar den Vorrang vor ihnen in Anspruch nahmen. So lange indessen der Adel Gelehrsamkeit und Bildung verschmähte, war das Uebergewicht der Doctoren zu sehr in der Natur der Sache begründet, als dass die Versuche der Adeligen, es zu brechen, hätten von Erfolg sein können. Zudem war die Zahl der Doctoren, so lange es Sitte blieb, den Doctorgrad in Italien zu erwerben, stets nur eine verhältnissmässig kleine, und jeder Doctor trat alsbald in die wichtigsten und höchsten Stellungen ein, die von selbst ein bedeutendes Maass von Achtung und Ansehen mit sich brachten. Der hohe Rang, welchen sich, gestützt auf das römische Recht, die Doctoren zuschrieben, erschien daher nur als der angemessene Ausdruck der wirklich bestehenden Lebensverhältnisse.

Diese Verhältnisse änderten sich im 16. Jahrhundert. Auf den jetzt bereits sehr zahlreichen deutschen Universitäten war es nicht schwer, die Doctorwürde zu erlangen. Die Anzahl der Doctoren musste sich dadurch sehr beträchtlich vermehren, und viele unter den Doctoren scheinen ihrem Stande weder durch Kenntnisse, noch durch würdige Uebung des juristischen Berufes sonderliche Ehre gemacht zu haben.[1] Hierin lagen wohl die hauptsächlichsten Gründe des starken und ausgesprochenen Widerwillens gegen die Doctoren, welcher am Anfange des 16. Jahrhunderts auf Seite des Volkes und des Adels zum Vorschein kam, eines Widerwillens, der so weit gieng, dass die gänzliche Beseitigung der Doctoren aus allen öffentlichen Stellungen zu den dringendsten Forderungen der aufständischen Bauern gehörte.[2] Bei den Adeligen gesellte sich aber zu den allgemeinen Gründen der Abneigung noch der besondere hinzu, dass sie Angesichts der erheblichen und stets wachsenden Menge der Doctoren triftige Ursache hatten zu der Besorgniss, durch letztere nach und nach aus allen einflussreichen Aemtern verdrängt zu werden.[3] Auch war in dem Adel selbst das Streben nach wissenschaftlicher und insbesondere juristischer Bildung erwacht.[4] Er fieng allmählich an, sich den Doctoren gewachsen zu fühlen, und ihr Anspruch auf die Gleichstellung mit den Adeligen und Rittern, auch wenn sie nicht von Geburt Adelige waren, erschien ihm mehr und mehr in dem Lichte einer unerträglichen Anmaassung, zumal da die Doctoren im 16. Jahrhundert unklug genug waren, jene Gleichstellung nicht mehr, wie die italienischen Commentatoren, zu Gunsten bloss derjenigen Doctoren zu behaupten, welche als Universitätslehrer wirkten oder sonst eine angesehene Stellung einnahmen (S. 556 fg.), sondern zu Gunsten sämmtlicher Doctoren, oder doch mindestens derer,

1) Man vergleiche Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen II. S. 45 ff., besonders Note 3, 11, 13.

2) Stobbe II. S. 50 ff.

3) Dieses ist der Kern der bei Stobbe II. S. 45 Note 3 mitgetheilten Ausfälle Hutten's gegen die Juristen.

4) Stobbe II. S. 54.

welche von einer Facultät nach vorgängiger Prüfung in gehöriger Weise promoviert waren.[5]

Zu offenem Ausbruche kam der Rangstreit zwischen den Doctoren und den Adeligen im Jahre 1548 aus Anlass der Vorbereitung der neuen Reichspolizeiordnung. Mehrere Adelige („Ritter und Knechte", wie sie sich nennen) richteten damals an die Kurfürsten eine Bittschrift, worin sie sich höchlich beklagen über den Beschluss, dass auch in der neuen Polizeiordnung „nicht allein diejenigen Doctores, so nicht vom Adel, in ihrem Stand und Tracht den andern Doctoribus, die vom Adel gebohren, und sonsten Ritter-genossen gleichmässig zu halten, sondern auch allen andern vom Adel solten ob- und fürgesetzt, und also dadurch zwischen uns Ritters und Adelsgenossen (welches doch zuvor nicht gehöret) unser zu einer Trennung eingemischet werden". Sie verlangen, dass nur noch die Doctoren von adeliger Geburt den Rittergenossen gleich geachtet werden sollten, und weisen auf die bedenklichen Folgen hin, welche durch jene Einmischung der unedeln Doctoren in ihren Stand für sie und ihre Nachkommen entstehen könnten.

Die Doctoren erwiderten mit einer in stolzem Tone gehaltenen lateinischen Bittschrift an den Kaiser. Unter Hinweisung auf ihren Eid, der sie verpflichte, die Freiheiten, Privilegien und den Stand der Doctoren nach Kräften zu vertheidigen, berufen sie sich darauf, dass die Gleichstellung der Ritter und der Doctoren bereits in frühern Reichsgesetzen ausgesprochen und von Alters hergebracht sei. An eine Eindrängung in den Stand der Adeligen, wie sie ihnen von ihren Gegnern vorgeworfen werde, hätten sie niemals gedacht. Denn sie seien für sich selbst durch die alten römischen Kaiser und ihre Gesetze mit

---

5) Dieses wird unzweideutig ausgesprochen in der alsbald näher zu berührenden Bittschrift der Doctoren an den Kaiser vom Jahr 1548 (Klock p. 355 in f.). Den von dem Kaiser oder von den Pfalzgrafen ernannten Doctoren (doctores bullati) war man freilich nicht geneigt, an den Privilegien der Doctoren einen Antheil zu gestatten, da man dieses Recht des Kaisers und der Pfalzgrafen überhaupt nicht mit günstigen Augen ansah. Man vergleiche die gedachte Bittschrift a. a. O. und Harpprecht ad §. ult. I. de iure person. 1, 3 nr. 66 sqq. S. auch §. 83 Anm. 1.

solchem Stande und solcher Würde ausgestattet, dass sie nicht nöthig hätten, sich mit fremden Federn zu schmücken. Ihr Stand könne durch die Eindrängung in die Adeligen nichts gewinnen, „quos manifestum est statu et dignitate Doctoribus, si non inferiores, certe non superiores esse". Sie führen nun sämmtliche Gründe an, aus welchen schon die italienischen Commentatoren die Gleichstellung der Rechtsgelehrten und insbesondere der Doctoren mit den Rittern hergeleitet hatten. Die Bittschrift ihrer Gegner, fahren sie fort, enthalte nichts als Unwahrheiten und sei rein aus Neid entsprungen. Auch gehe es keineswegs an, die Doctoren von nicht adeligem Geblüte, „quorum tam numerosa copia et multitudo tam in generalibus studiis Universitatum, quam Imperiali Camera aliisque iudiciis, Principum curiis, cathedralibus aliisque Ecclesiis Germaniae *aliarumque nationum* reperitur", ohne Gehör noch Vertheidigung ihrer Rechte und Privilegien zu berauben, „quod hoc non solum tanquam nulliter factum, *praesertim ab externis nationibus,* culpari, sed etiam *derideri subsannarique* posset".[6]

Für diesmal behielten die Doctoren noch den Sieg. Die Reichspolizeiordnung von 1548 und selbst die spätere von 1577 wurden im ganzen übereinstimmend mit derjenigen von 1530, also in dem ihnen günstigen Sinne abgefasst. (§. 82 Anm. 11.) Allein schon am Anfange des 17. Jahrhunderts fieng der Adel an, sie mit ihren eigenen Waffen, das heisst mit dem römischen Rechte, zu bekämpfen. Und dabei hat wiederum das castrense und quasi castrense peculium seine Rolle gespielt.

In Deutschland war nämlich der Begriff des quasi castrense peculium von Anfang an eben so aufgefasst worden, wie von den italienischen Commentatoren: als der Erwerb, welchen ein Haussohn als quasi miles mache. Der quasi militia gab man aber, gleich den Italienern, in dieser Beziehung eine viel weitere Ausdehnung, als da, wo es sich um die persönliche Würde und die

6) Die beiden überaus interessanten und für die richtige Beurtheilung der damaligen Verhältnisse höchst lehrreichen Urkunden, aus denen ich hier nur dürftige Auszüge geben konnte, finden sich bei Klock Tractatus nomico-politicus de contributionibus (Praef. d. a. 1632). Francof. 1676 in fol. Cap. XV. nr. 57, 58 (p. 353—356).

allgemeinen Standesprivilegien der milites handelte. Während man die Würde und den Rang des miles auf die Ritter, die Doctoren und die Geistlichen beschränkte, schrieb man ein quasi castrense peculium auch den Advocaten, Notarien, Beamten und Dienern der Fürsten, ja selbst schon den blossen Scholaren zu. Alles aus dem Gesichtspunkte einer quasi militia im weitern Sinne. (§. 87.) Und es scheint, dass man allmählich weiter gieng und diesen sämmtlichen quasi milites auch noch an andern militärischen Privilegien Antheil geben wollte.

Hieran hielt sich der Baron von Hoheneck, Acacius Enenkel, in seinem Werke De privilegiis militum Lib. I. cap. III. et VII., um zu beweisen, dass den Geistlichen, Advocaten, Scholaren, Doctoren, fürstlichen Beamten u. dgl. die Privilegien der milites mit Recht nicht zugeschrieben werden könnten. Er gebe zwar zu, dass die Ausdrücke miles, militia, militare in der Anwendung auf diese Personen vorkämen. Allein daraus folge noch nichts. Denn Ovid nenne jeden Verliebten einen militans, die Glosse sage: militat catulus in silvis, Hiob und Seneca endlich erklärten sogar das menschliche Leben für eine militia. Bisher habe aber noch niemand allen diesen milites die militärischen Privilegien zugesprochen. Jedenfalls werde von den Kämpen der Geistlichen, Doctoren u. s. w. selbst eingeräumt, dass diese keine milites armatae militiae, sondern dass sie blosse milites inermis militiae seien. Nun habe aber das römische Recht die militärischen Privilegien lediglich den milites armatae militiae verliehen; also müssten sie auf diese beschränkt bleiben. Die L. 14 C. de adv. div. iudicior. (S. 434 fg.) stehe dem nicht entgegen. Denn es gehe daraus nichts weiter hervor, als dass den Doctoren, Advocaten u. s. w. wegen einer gewissen Aehnlichkeit manchmal der Titel der milites und auch wohl ein und das andere der militärischen Privilegien vergönnt werde, gerade so, wie diejenigen, welche im Felde die Gefahr der Soldaten theilten, an den militärischen Testamentsprivilegien einen gewissen Antheil hätten. Deswegen komme ihnen aber noch nicht der Begriff der milites nebst allen übrigen Privilegien derselben zu.

Man sieht, das Unmaass in der Gleichstellung gewisser Personenklassen mit den milites hatte den Gegnern den Angriff

höchlich erleichtert. Und die Doctoren haben es durch diese Uebertreibung vielleicht zu einem grossen Theile selbst verschuldet, dass sie so rasch eines der militärischen Privilegien nach dem andern einbüssten.

Eine weitere Anfechtung erfuhr um die nämliche Zeit der Adel der Doctoren von Seite des Magdeburgischen Geheimenrathes und Ritters Konrad von Einsiedel in seinem Tractatus de regalibus (Ed. II. Hal. Sax. 1678 8⁰) cap. II. nr. 140—155. Seine Gründe sind ausserordentlich schwach, und es war dem Tübinger Professor Joh. Harpprecht leicht genug gemacht, sie zu widerlegen. Dieser erörtert die Lehre von dem Doctorenadel ausführlich in dem Commentarius in Institutiones (zuerst, soviel ich sehe, 1628 erschienen; 2. Ausg. Francof. 1658) tit. de iure personarum [1, 3] §. Servorum [ult.] nr. 11—97. Von unserm Standpunkte besteht das wichtigste, was er vorbringt, in der Berufung auf die Reichskleiderordnungen und auf die allerdings bemerkenswerthe Thatsache, dass in Deutschland die Doctoren in den Schreiben der Landesherren gewöhnlich in der Mehrzahl mit „Ihr“ und „Euch“, die Adeligen dagegen nur in der Einzahl mit „Du“ und „Dir“ angeredet würden (nr. 18, 81).[7] Noch ungleich wichtiger aber ist die beiläufige Bemerkung am Ende von nr. 14: es komme nicht darauf an, dass die Doctoren von andern nicht für adelig gehalten würden; denn dieses sei „*iudicium vulgi,* nec sapientis“, und man dürfe nicht darauf achten, was hie und da geschehe, sondern nur darauf, was geschehen sollte. Darin liegt das unwillkürliche Geständniss, dass das

7) Ich will nicht unterlassen, von den siebenzehn Privilegien, welche Harpprecht für die Doctoren, insbesondere die Doctores iuris, in Anspruch nimmt, wenigstens eines besonders zu erwähnen, welches, gesetzt dass es noch in Geltung bestünde, von nicht geringem Werthe sein würde. In nr. 58 schreibt nämlich Harpprecht folgendes: „Praeterea ex communi Interpretum sententia Doctor, qui tranquillum et quietum habitandi locum ad studia sua continuanda in civitate nullibi, quam ea in platea, ubi faber habitat, reperire potest, fabrum istum malleo sibi obstrepentem aliumve opificem tumultuosum iure expellit“. Ein harter Satz, und doch ein rühmliches Zeugniss der Achtung, deren sich die Wissenschaft am Ausgange des Mittelalters erfreute, und der Einsicht, die man damals in die Grundbedingungen wissenschaftlicher Arbeit hatte.

Ansehen der Doctoren in der öffentlichen Meinung bereits stark gesunken war. Und hiemit ist der eigentliche Kern der Frage berührt. Denn Fragen dieser Art werden niemals mittels theoretischer Gründe ausgetragen, sondern sie erhalten ihre Entscheidung aus der thatsächlichen Gestaltung der Lebensverhältnisse. Die Doctoren vermochten den gleichen Rang mit den Adeligen, ja sogar den Vorrang vor ihnen so lange zu behaupten, als sie thatsächlich die obersten und angesehensten Stellungen einnahmen. Als sie im Laufe des 17. Jahrhunderts diese Stellungen mehr und mehr an den Adel verloren, dieser also thatsächlich der erste und vornehmste Stand wurde, da konnte weder das römische Recht, noch die Reichsgesetzgebung verhüten, dass sie auch in äusserer Ehre immer weiter gegen den Adel herabsanken und an ihren alten Vorrechten immer stärkere Verkürzung erlitten.[8]

Zwar wurde in dem westphälischen Frieden die Fähigkeit der Doctoren, gleich den Adeligen und Patriciern zu Pfründen in den Domcapiteln zu gelangen, und damit also ihre Standesgleichheit mit den Adeligen nochmals ausdrücklich anerkannt.[9] Allein jenen thatsächlichen Verhältnissen gegenüber war diese reichsgesetzliche Bestimmung eben so ohnmächtig, als die frühern. Vielmehr finden wir, obgleich die zu Gunsten der Doctoren lautenden reichsgesetzlichen Vorschriften niemals aufgehoben wurden, seit dem Anfange des 17. Jahrhunderts die Geltung des bürgerlichen Gelehrtenstandes in stetiger Abnahme.

Schon im Jahr 1713 klagt Leyser in seinen Meditationes ad Pandectas Spec. II. med. 6, dass die Doctores iuris aus dem Schiffbruche, welchen ihre vormalige hohe Würde erlitten, nur noch wenige Reste gerettet hätten. Als das vornehmlichste ihrer noch bestehenden Rechte bezeichnet er den Vortritt vor allen andern Personen bürgerlichen Standes. Nur den Adeligen, den

8) Wegen der hier angedeuteten Verhältnisse verweise ich auf Freytag, Bilder der deutschen Vergangenheit 5. Aufl. III. S. 300, 301, 346 ff.

9) Instr. P. Osnabr. art. V. §. 17 (Koch, Sammlung der Reichsabschiede III. S. 583): „— — operaque detur, ne Nobiles, Patricii, *gradibus academicis insigniti*, aliaeque personae idoneae, ubi id fundationibus non adversatur, excludantur, sed ut potius in iis conserventur“.

fürstlichen Räthen und den Professoren müssten sie weichen. Dagegen hätten sie sogar vor den Bürgermeistern den Vorrang, und so habe das Spruchcollegium zu Wittenberg noch im Jahr 1712 entschieden. Freilich muss Leyser zugeben, dass im Braunschweigischen das Gegentheil gelte.

Ferner lehrt Leyser in Spec. DCLXIV. med. 6, dass die Doctoren in Wahrheit nicht adelig seien und die Privilegien des Adels nicht hätten. Nur der blosse Titel „nobilis" und „nobilissimus" komme ihnen zu. Diesen Titel gestatte ihnen der Adel gern, zufrieden, das Wesen der Sache für sich allein zu besitzen.

Eine ähnliche Theorie findet sich bei Berger, Oeconomia iuris (zuerst 1712) Lib. I. tit. II. th. 12 mit Berufung auf Carpzov und Ziegler: es gebe nobiles in abstracto, Edelleute, Edelmänner, und nobiles in concreto, Edele. Zu den letzten gehörten die Doctoren.

Bei dieser Erniedrigung der Doctorwürde sollte es aber an vielen Orten noch gar nicht einmal bewenden. So setzte z. B. die Hessen-Kasselische Rangordnung von 1762 die Doctoren in die zehnte Klasse neben Kammerdiener, Bereiter, Büchsenspanner, Hausconditor, Küchen- und Backschreiber. Doch wurden sie im Jahr 1786 wieder um zwei Klassen erhöht.[10] Nur in den Reichsstädten gelang es den Doctoren, die Gleichstellung mit dem Geschlechtsadel noch lange Zeit und, wie es scheint, bis in unser Jahrhundert herein zu behaupten.[11]

Auch machte die Theorie noch einige schwache Versuche, den persönlichen Adel der Doctoren und ihren Rang, wenn nicht neben, so doch unmittelbar hinter den Geburtsadeligen zu vertheidigen.[12] Allein vergebens. Der Doctorenadel hatte sich

10) Runde, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts (5. Aufl.) §. 421 Note b.

11) Runde §. 421, Scheidemantel, Repertorium des teutschen Staats- und Lehnrechts I. (Leipzig 1782) unter „Doctor" §. 4.

12) Vgl. Hommel, Rhapsodia quaestionum in foro quotidie obvenientium Obs. 74, 99, 605, ganz besonders aber obs. 618; Scheidemantel a. a. O.

längst überlebt, und die besten theoretischen Gründe konnten den Mangel des wirklichen Lebens nicht ersetzen. Runde spricht in seinen Grundsätzen des gemeinen deutschen Privatrechts (1. Aufl. 1791) §. 421 von dem Doctorenadel bereits als von etwas vergangenem, und während der Umwälzungen am Anfange unseres Jahrhunderts gieng selbst die Erinnerung an ihn verloren. Die Doctorwürde hat gegenwärtig keine andere Bedeutung, als ihre alte Schwester, die persönliche Ritterwürde. Sie ist ein Titel, der in der öffentlichen Meinung zur Ehre gereicht, an welchen sich aber irgend welche rechtliche Vorzüge nicht knüpfen.

Viel früher schon war die Standesgleichheit der Geistlichen mit dem Adel erloschen. Zwar schreibt ihnen als milites coelestis militiae noch Sichard um die Mitte des 16. Jahrhunderts alle Privilegien der milites armatae militiae, das heisst der Ritter, zu, welche ihren Grund in der dignitas hätten. (§. 82 Anm. 12.) Und Enenkel giebt sich am Anfange des 17. Jahrhunderts Mühe zu beweisen, dass die Geistlichen so wenig, als die Advocaten, Scholaren, Doctoren u. s. w., wahre milites seien und die Privilegien der wahren milites hätten (S. 604). Ferner werden sie von Benedict Carpzov in der Iurisprudentia forensis Romano-Saxonica P. I. const. XXXII. def. 18 als coelestis militiae homines gleich den milites armatae und togatae militiae des beneficium competentiae für theilhaft erklärt.[13]

Allein offenbar hatte das äussere Ansehen der Geistlichkeit durch die Reformation einen schweren Stoss erlitten. Und schon am Anfange des 17. Jahrhunderts fiel es wenigen mehr bei, sie dem Adel an die Seite zu stellen. Harpprecht, der in seinem Institutionencommentar sonst auf alle möglichen Fragen eingeht, redet nirgends, und auffallender Weise nicht einmal bei dem quasi castrense peculium, von milites coelestis militiae, sondern überall nur von milites armati und togati.[14] Just Henning Böh-

13) Vgl. auch Brunnemann ad L. 6 D. de re iud. 42, 1 nr. 2, Stryk, Usus modern. Pand. XLII, 3 §. XXI.

14) Vgl. Harpprecht in tit. I. per quas pers. 2, 9 princ. nr. 7, in tit. de donat. 2, 7 §. Aliae autem [2] nr. 91, in tit. de milit. test. 2, 11 princ. nr. 15 und an andern Orten.

mer in dem Ius ecclesiasticum protestantium Tom. II. (zuerst 1717) lib. III. tit. XXIII. §. 27 sq. und tit. XXVI. §. 2 erwähnt zwar, dass viele frühere die Geistlichen als milites coelestis militiae mit den milites terrestris militiae verglichen und ihnen aus dieser Rücksicht mancherlei Privilegien der letztern zugesprochen hätten; aber man erkennt aus allem, dass er sich in den Zusammenhang dieser Theorie gar nicht mehr hineinzudenken weiss. Bei andern, mit Böhmer gleichzeitigen oder spätern Schriftstellern des vorigen Jahrhunderts, wie z. B. Leyser, Pufendorf, Hommel, habe ich von adeligem Range und Adelsrechten der Geistlichen keine Spur mehr angetroffen.

So waren bereits am Anfange des vorigen Jahrhunderts als privilegierte, und zwar durch ganz verwandte Privilegien ausgezeichnete Stände nur noch der Adel und die Soldaten übrig. Die Gelehrten und die Geistlichen dagegen waren schon damals thatsächlich in den Bürgerstand zurückgetreten und lernten sich immer mehr als Angehörige desselben fühlen.

Es läge nahe, hieran mancherlei Betrachtungen anzuknüpfen und namentlich den Einfluss dieser Entwickelung auf die Gestaltung der Zustände in der Gegenwart zu berühren. Allein ich darf dieser Versuchung nicht nachgeben, denn ich habe eine Geschichte des castrense peculium und nicht der heutigen Ständeverhältnisse zu schreiben; die letztere kam für mich nur nebensächlich in Betracht. Ich muss daher bei der nackten Feststellung jenes Ergebnisses stehen bleiben und wende mich von jetzt an wieder ungetheilt meinem Hauptgegenstande zu.

§. 85.

Auch die Theorie des castrense und quasi castrense peculium nahm man in Deutschland einfach von den Italienern herüber. In dem castrense peculium erblickte man also den Erwerb, welchen ein in väterlicher Gewalt stehender verus miles oder miles armatae (sagatae) militiae vermöge seiner militia, in dem quasi castrense peculium den Erwerb, den ein gewaltuntergebener quasi miles oder miles inermis (togatae) militiae vermöge seiner quasi militia mache. Deswegen fasste man später die beiden Peculien

unter dem gemeinsamen Namen militare peculium zusammen. Und diese Lehre hat sich in ununterbrochener Folge bis zum Ende des vorigen Jahrhunderts, ja selbst noch bis in unser Jahrhundert herein erhalten. Zum Beweise will ich in der Anmerkung eine Reihe von Belegen geben, und ich bemerke dabei, dass mir bis zu dem Ende des vorigen Jahrhunderts in Deutschland abweichende Ansichten überhaupt nicht aufgestossen sind.[1] Auch ausserhalb Deutschlands war diese Theorie lange Zeit hindurch die fast allgemein angenommene. Ich stelle dafür in

1) Sichard ad L. 4 C. fam. erc. 3, 36 (um 1540) nr. 3: „Quasi castrense peculium dictum est ad similitudinem castrensis peculii. Quemadmodum enim in castris militatur armis, sic etiam in foro militant doctores, item in ecclesiis militant sacerdotes: lege Fori supr. de advocat divers. iud. Quemadmodum ergo milites in castris sunt *veri milites et ob id habent peculium castrense*, sic etiam hodie studentes, doctores et sacerdotes, qui habent quandam speciem militiae verae, quia defendunt respublicas domi ab iniuriis, item precibus conciliant nobis numen divinum, ideo *dicuntur quasi milites et ob id habent quasi castrensia peculia*". Wesenbeccius († 1586) ad rubr. tit. Inst. II, 9 per quas pers. nr. 5 und Comm. in Dig. XLIX, 17 de cast. pec. nr. 2; Donellus, Comment. iur. civ. Lib. IX. cap. 5 nr. 8—10; Reinh. Bachov in Inst. (1628) II, 9 per quas personas §. 2 nr. 2; Herm. Vultejus († 1634) ad Inst. II, 9 per quas pers. nr. 7; Joh. Harpprecht, Comm. in Inst. (zuerst 1628) In princ. tit. per quas pers. 2, 9 nr. 6, 7; Wilh. Ludwell († 1663), Comm. in Inst. (II. Ed. Norib. 1662) In §. 1 I. per quas personas 2, 9 nr. 2; Lauterbach († 1678), Colleg. theoret.-pract. XV, 1 §. V., XII.; Ulr. Huber, Prael. in Inst. (1678) II, 11 de milit. test. nr. 7; Schilter, Praxis iur. Rom. in foro germ. (zuerst 1684) Exerc. XXVII. §. 83 und Instt. iuris (1685) Ad pr. I. per quas person. 2, 9; Struvius († 1692), Synt. iur civ. Exerc. XX. §. 66, 67; Just. Henn. Boehmer, Introd. in ius Dig. (Ed. I. 1704) Lib. XV. tit. 1 nr. 5, 6, 9; Sam. Stryk, Opp. omn. tom. VIII. diss. XXVI. de obl. filiif. (1708) Cap. II. §. 3; Berger, Oecon. iur. (Ed. I. 1712) Lib. II. tit. II. th. 33; Heineccius, Elem. iur. civ. sec. ord. Inst. (zuerst 1725) Lib. II. tit. 9 §. 475; Hellfeld, Iurispr. forens. (zuerst 1764) L. XV. tit. 1 §. 906; Pufendorf, Observ. iur. tom. IV. (1769) Obs. CLIII. §. 16 sqq.; Höpfner, Commentar über die Institut. (1. Aufl. 1783, 5. Aufl. 1795) §. 427; Eichmann, Erklärungen des bürgerl. Rechts Th. III. (1784) S. 125; Hofacker, Princ. iur. civ. rom.-germ. Tom. I. (Ed. I. 1788) §. 567, 569; Glück, Pandektencommentar II. (1791) §. 136; Bucher, System der Pandekten 3. Aufl. (1822) §. 94; Valett, Lehrb. des Pandektenrechts Bd. III. (1829) §. 851.

einer Anmerkung gleichfalls eine Anzahl von Belegen zusammen.[2]

Diese Theorie hatte aber in Deutschland, wie in Italien (§. 79), zwei unmittelbare Consequenzen. Erstens diejenige, dass man die sog. irregulären Adventicien von dem quasi castrense peculium ausschloss.[3] Und zweitens die andere, dass man die Geschenke, welche ein Hauskind von dem Kaiser oder der Kaiserin erhielt, nicht für quasicastrensische Vermögensstücke, sondern bloss für irreguläre Adventicien anerkannte. Eine selbstverständliche Ausnahme machte man nur dann, wenn der beschenkte Haussohn Soldat oder Beamter (miles sagatus oder

2) Italiener: Alciatus († 1550) in L. Paterf. 182 D. de V. S. nr. 3; Pacius († 1635), Analys. Inst. In §. 2 I. per quas pers. 2, 9; Galvanus († 1659), De usufructu cap. V. nr. VIII., IX. Franzosen: Baro, Institt. (1555) In tit. per quas person.; Hotmannus († 1590) in §. 1 I. per quas pers. 2, 9 verb. „Quidquid ad eos pervenerat"; Jan. a Costa († 1637) in §. 1 I. per quas pers. 2, 9. Niederländer: Everhardus, Loci argument. legales s. Topica (I. Ed. Lov. 1516) Loc. 56 nr. 5 (Ed. Francof. 1581 p. 290 sq.); Zoesius († 1627) ad Inst. II, 9 per quas pers. nr. 2, Vinnius († 1657), Comm. in Inst. II, 9 per quas pers. §. 1 nr. 2, Paul. Voet († 1667) in §. 1 I. eod. nr. 1. Spanier: Majansius, Disp. iur. (1751) §. 1 u. 8 (p. 257, 264). Portugiese: Bened. Pinellus (Ende des 16. oder Anfang des 17. Jahrhunderts), Variae resol. Lib. I. cap. V. nr. 13, 18 sqq., 45 (p. 86, 87 sqq., 97).

3) Im 16. Jahrhundert war es nicht unbestritten, ob ein Hauskind nicht auch über solche Adventicien testieren könne, und ob also letztere nicht in der rechtlichen Behandlung dem quasi castrense peculium gleichstünden. Vgl. Sichard ad rubr. Cod. de test. mil. 6, 22 nr. 12, wo dieses sogar als die herrschende Meinung („plerisque visum") bezeichnet wird. Sichard selbst erklärt sich aber dagegen. Desgleichen Mynsinger, Schol. in princ. I. quib. non est perm. nr. 6—8. Er beseitigt bereits denaus den Worten „disponere, quomodo velit" der Nov. 117 cap. 1 hergenommenen Grund mittels der Bemerkung, dass Justinian nicht διατίθεσθαι geschrieben habe, sondern διοικεῖν, und dass dieses „administrationem magis, quam testationem" bezeichne. Bachov in pr. I. eod. verb. „Praeter hos igitur" nr. 7 stellt es sodann schon als die richtige und ganz allgemeine Lehre hin, dass das Hauskind über die adventicia irregularia keine Testierfähigkeit habe. Ebenso Harpprecht ad pr. I. quib. non est perm. 2, 12 nr. 29—38 unter Anführung zahlreicher Schriftsteller. Seitdem hat diese Ansicht fast keine Anfechtung mehr erfahren. S. die Nachweisungen in §. 67 Anm. 8 und Anm. 1.

togatus) war und die Schenkung als eine Folge seines Soldaten- oder Beamtenstandes angesehen werden konnte. Um den widerstreitenden klaren Wortlaut der L. 7 C. de bon. quae lib. 6, 61 kümmerte man sich, da er den einmal angenommenen allgemeinen Gesichtspunkten nicht entsprach, in Deutschland so wenig, als in Italien. Höchstens, dass man sich in Rücksicht auf ihn zu der Bemerkung herbeiliess: die Hinweisung auf das castrense peculium in der Stelle beziehe sich bloss auf das volle Eigenthum, welches dem beschenkten Hauskinde an solchen Geschenken eben so, wie an jenem, zustehe, und ein eigentliches quasi castrense peculium könne daraus nicht abgeleitet werden.[4] Die

4) Wie geschickt man damals über Schwierigkeiten dieser Art hinwegzukommen wusste, zeigt am besten die schon öfters erwähnte, eigens unserer Frage gewidmete Abhandlung des portugiesischen Juristen Bened. Pinellus, Var. resol. lib. I. cap. V., besonders nr. 13 (p. 86): Die Güter, von denen die L. 7 C. cit. rede, hiessen quasi castrensia nicht, weil sie vermöge eines exercitium quasi militare erworben seien, sondern vielmehr aus Rücksicht auf den Geber, weil sie aus der Hand des Princeps kämen. Folglich habe hier das Privilegium einer Behandlung nach Maassgabe des castrense peculium nicht in einer privilegierten persönlichen Stellung des Haussohnes seinen Ursprung, sondern es sei lediglich an die Güter selbst geknüpft. Hieraus ergebe sich denn aber, dass der Haussohn über diese Güter nicht testieren könne; denn dazu gehöre eine fähige Person, und eine solche sei ein Haussohn ohne persönlich privilegierte Stellung nicht, möge er immerhin das vollste Eigenthum an den oder jenen Vermögensstücken haben. Pinellus lässt also den kaiserlichen Geschenken den Namen eines quasi castrense peculium, behandelt sie aber gleichwohl nur als adventicia irregularia. Hätten die deutschen Juristen diese Auslegung gekannt, ich zweifle keinen Augenblick, dass sie ihr bereitwillig beigetreten sein würden. — Von deutschen Juristen, welche den im Texte bezeichneten Standpunkt einnahmen, nenne ich folgende: Mynsinger, Schol. in §. 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 5, 7; Donellus, Comment. iur. civ. Lib. IX. c. 5 nr. 27 (Ich rechne die Commentarii iuris civilis überall zu der deutschen Rechtsliteratur, weil sie Donellus während seines Lehramtes in Altdorf herausgab.); Bachov ad §. 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 4; Harpprecht ibid. nr. 11; Lauterbach, Colleg. theor.-pract. XV, 1 §. 16, 25; Ulr. Huber, Praelect. ad Pand. XV, 1 nr. 2; Schilter, Praxis iur. Rom. Exerc. XLIV. §. 47; Struvius, Synt. iur. civ. Exerc. XII §. 5 I. 4, und Petr. Müller in add. λ ibid. et in add. α nr. XII. ad Exerc. XX. §. 67; Berger, Oecon. iur. Lib. II. tit. II. th. 33 not 11;

wenigen, welche bis zu dem Ende des vorigen Jahrhunderts wegen der Fassung der Codexstelle ein quasi castrense peculium annahmen, suchten dieses mindestens mit der bestehenden Theorie zu versöhnen durch die Erwägung, dass bei Geschenken von Seite des Regenten oder der Regentin immer zu vermuthen stehe, sie seien durch Verdienste um den Staat „Arte vel Marte" veranlasst worden.[5] Erst als man mit dem Ende des vorigen Jahrhunderts anfieng, was vordem niemals geschehen war, das gemeine Recht ohne Rücksicht auf die bisherige Theorie und Praxis zu behandeln und den objectiv richtig verstandenen Inhalt des Corpus iuris ohne weiteres auch als geltendes gemeines Recht hinzustellen, — erst seitdem wurden die kaiserlichen Schenkungen allgemein für quasicastrensisches Vermögen erklärt, und bald gieng sogar jede Erinnerung verloren, dass früher eine abweichende Lehre bestanden habe. So wurde hier, wie in andern Stücken der Theorie unseres Institutes auf das schroffste mit der ganzen seitherigen Entwickelung gebrochen.[6]

Bauer, De peculio quasi castr. studiosorum (1726) §. XXV.; Eichmann, Erklärungen des bürgerl. Rechts III. S. 135 fg.; Hofacker, Princ. iur. civ. §. 581. Hellfeld, Iurispr. forens. XV, 1 §. 910 rechnet zwar die kaiserlichen Geschenke ebenfalls zu den irregulären Adventicien, erklärt aber, dass sie in Ansehung der Wirkung mit dem peculium militare übereinkämen. Aehnlich Höpfner, Commentar über die Institutionen §. 428. Verwandt ist auch die Ansicht von Glück, Pandektencommentar XIV. (1813) §. 906 (S. 362 fg.): Die kaiserlichen Geschenke würden dem castrense peculium zwar in Rücksicht des freien Dispositionsrechtes, sonst aber in keiner andern Rücksicht, gleichgesetzt, also namentlich bei der Confiscation des Vermögens dem Vater nicht gelassen. Unbestimmt äussert sich Hänsel, Bemerkungen und Excurse über das kgl. sächs. Civilrecht I. (1828) S. 387 fg.

5) Hierher gehören Brunnemann ad L. Cum multa 7 C. de bon. quae lib. 6, 60 mit Berufung auf Hilliger; Cocceji, Ius civ. controv. XV, 1 qu. III.; Stryk, Opp. omn. tom. VIII. diss. XXVI. de obl. filiif. cap. II. §. 18; Tenzell, Diss. de eo quod iustum est circa donationes a principe in filiosf. maxime collatas (Erford. 1727) §. XIV.

6) Es ist lehrreich, diesen Verlauf etwas genauer zu verfolgen. Vor Glück hatte bereits Thibaut in seinem System des Pandektenrechts §. 359 a. E. (und zwar noch in der 4. Ausg. 1814) die von jenem aufgenommene Ansicht (s. Anm. 4 a. E.) ausgesprochen. In der 8. Ausgabe (1834)

Ein weiteres, worin die Theorie der deutschen Juristen derjenigen der italienischen Commentatoren (§. 80) folgte, war, dass man die Zusammensetzung des quasi castrense peculium völlig nach derjenigen des castrense peculium bemass. Gleichwie man als castrense peculium die Erwerbungen per militiam und occasione militiae betrachtete, so sollte das quasi castrense peculium aus den Erwerbungen per quasi militiam und occasione quasi militiae bestehen. Insbesondere sollten unter gleichen Be-

---

§. 252 a. E. redet Thibaut schon unbedingter; doch giebt er mindestens an, dass „manche" (genannt werden Galvanus, Höpfner und Hofacker) dergleichen Geschenke nicht für quasi castrense peculium hielten. Puchta schreibt in seinen Pandekten §. 435 a. E.: „Den bona castrensia ist gleichgestellt worden (bona quasi castrensia) — — 3) ein Geschenk von dem Fürsten oder seiner Gemahlin", und in den Vorlesungen bemerkt er dazu: „Manche Juristen haben dies bloss von einer Beschränkung (Gleichstellung?) hinsichtlich der freien Disposition verstehen wollen, aber das Gesetz sagt schlechthin ad similitudinem peculii castrensis". Ohne Zweifel ist hiebei nur mehr aus Glück geschöpft, und ganz unzweideutig zeigt sich dieses in Keller's Pandekten §. 416. Denn es heisst dort: „Ferner gehören zum peculium quasi castrense auch die Geschenke des Kaisers und der Kaiserin", und in der Anmerkung 22 wird beigefügt: „Die Beschränkung auf das blosse Dispositionsrecht und die Ausschliessung anderweitiger Bedeutung (z. B. des Anfalles an den Vater bei Deportation des Sohnes), welche Glück S. 363 nach Thibaut für diese Geschenke aufstellt, scheint keinen rechten Grund zu haben". Ich habe diese Aeusserungen Puchta's und Keller's wörtlich mitgetheilt, weil sie die letzten Nachklänge der alten Theorie enthalten. In den übrigen Lehrbüchern unserer Zeit werden die kaiserlichen Geschenke einfach als quasi castrense peculium hingestellt, ohne irgend eines Zweifels zu gedenken. So z. B. Mackeldey, Lehrb. des heut. röm. Rechts (3. Aufl. 1820) §. 402; Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilr. 5. Aufl. III. S. 80; Mühlenbruch, Lehrb. des Pandektenrechts §. 566; Göschen, Vorlesungen §. 731; Vangerow, Lehrb. der Pand. §. 235 a. E. (7. Aufl. I. S. 435); Arndts, Lehrb. der Pand. §. 431 a. E.; Sintenis, Das pract. gem. Civilrecht §. 141 bei Note 63 und in der Note 65 a. E.; Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilr. §. 67 zu Nr. 5 a. E.; Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts §. 516; Brinz, Lehrb. der Pand. Abth. II. S. 1188. Noch auffallender ist es, dass Marezoll in seiner eingehenden Erörterung der Bestandtheile des quasi castrense peculium in der Zeitschrift für Civilrecht und Process VIII. (1835) S. 128 der ältern Lehre mit keinem Worte erwähnt.

dingungen, unter denen Schenkungen an einen gewaltuntergebenen miles in das castrense peculium kämen, Schenkungen an einen gewaltuntergebenen quasi miles in das quasi castrense peculium kommen.[7]

---

7) Ich beziehe mich hier zuvörderst auf den niederländischen Juristen Everhardus, Loci argum. legales s. Topica (zuerst 1516) Loc. 56 nr. 5 (Francof. 1581 p. 290 sq.): „Sicut filiusfamilias miles testari potest de peculio castrensi — —, ita etiam filiusfamilias doctor, advocatus, notarius vel clericus potest testari de quasi castrensi peculio. — — Et sicuti castrense peculium est, si filiofamilias eunti ad castra data fuerint arma vel equi a patre vel alio, ita etiam si filiofamilias eunti ad studium generale dati fuerint libri legales, censebitur eo ipso quasi castrense peculium; aequiparantur enim milites et scholares, et arma et libri." Aus der Zahl der deutschen Juristen nenne ich: Wesenbeccius ad rubr. Inst. II, 9 per quas pers. nr. 5 und Comm. in Dig. XLIX, 17 de cast. pec. nr. 2; Sichard ad L. 4 Si filiusf. C. fam. erc. 3, 36 nr. 3, 7, 8; Donellus, Comment. iur. civ. Lib. IX. c. 5 nr. 9, 10; Bachov ad §. 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 2; Harpprecht in princ. I. eod. nr. 6, 7; Vultejus ad Inst. II, 9 per quas pers. nr. 7: „Vere castrense peculium est, quod acquiritur ex militia armata vel illius occasione sive contemplatione. Quasi castrense peculium est, quod acquiritur occasione militiae togatae"; Lauterbach, Colleg. theor.-pract. XV, 1 §. 5 und 12; Schilter, Praxis iur. rom. Exerc. XXVII. §. 83 und Institt. iuris Ad pr. I. per quas pers. 2, 9; Struvius, Synt. iur. civ. Exerc. XX. §. 66, 67; Just. Henn. Boehmer, Introd. in ius Dig. XV, 1 nr. 5, 6; Heineccius, Elem. iur. civ. sec. ord. Inst. II, 9 §. 474, 475; Hellfeld, Iurispr. forens. XV, 1 §. 906: „Ad peculium militare pertinet, quidquid filiusfamilias *intuitu militiae sagatae vel togatae* acquisivit et in locum acquisitorum successit". Ebenso Höpfner, Commentar über die Institutionen §. 427; Glück, Pandektencommentar II. (1791) §. 136 (S. 214); Hofacker, Princ. iur. civ. §. 567, 569; Günther, Princ. iur. rom. priv. Tom. II. (1809) §. 458; Bucher, System der Pandekten (3. Aufl. 1822) §. 94. Auch hier macht das Auftreten der vorhin im Texte bezeichneten rein quellenmässigen Richtung einen scharfen Abschnitt. Bei Thibaut, System des Pandektenrechts (4. Ausg. §. 359, 8. Ausg. §. 252) ist von der militia togata und von einem Parallelismus zwischen castrense und quasi castrense peculium nichts mehr zu entdecken. Eben so wenig bei Mackeldey, Lehrb. des heut. röm. Rechts 3. Aufl. §. 402, und eben so wenig in den neuern Lehrbüchern, wie z. B. denjenigen von Puchta §. 435, Vangerow §. 235, Arndts §. 431, Windscheid §. 516 u. a. Und doch haben wir gesehen, dass der Begriff der militia togata oder literata dem Corpus iuris keineswegs fremd ist. Brinz, Lehrb. der Pand. Abth. II. S. 1187 fg.,

Als eine einzelne Anwendung dieser Grundsätze sprach man, mit der Mehrzahl der Italiener (§. 80), den Geistlichen als quasi castrense peculium bloss die in Folge ihres geistlichen Amtes gemachten Erwerbungen zu. Und hierin war man in Deutschland bis zu dem Ende des vorigen Jahrhunderts völlig einstimmig. Die weitergehende Ansicht, welche man bei ausländischen, namentlich bei den spanischen Juristen, fand (§. 65 Anm. 4), wurde auf das entschiedenste bekämpft. Und zwar ganz offensichtlich, weil man die Einheit des einmal angenommenen Systems nicht aufgeben wollte. Denn die hauptsächlichsten Gründe, die man in's Feld führte, bestehen in der Berufung auf die Definition und das Wesen des quasi castrense peculium und auf die Analogie des castrense peculium. Freilich will Enenkel sogar beweisen, dass diese Lehre durch die von den Gegnern angezogenen Stellen, falls man sie nur richtig verstehe, vielmehr bestätigt, als widerlegt werde. Denn wenn die L. Sacrosanctae 34 C. de episc. 1, 3 sage: „quaecunque acquirere potuerint“, so füge sie bei: „in eodem clericatus gradu locoque viventes“, und wenn es in der Auth. Presbyteros post h. l. heisse: „quolibet modo“, so werde dieses alsbald beschränkt durch die Worte: „ad similitudinem castrensis peculii“. Ob Enenkel selbst an die Richtigkeit dieser Auslegung im Sinne Justinian's geglaubt habe, muss dahingestellt bleiben. Die Frage ist aber auch sehr gleichgültig. Denn die ganze Art, wie Enenkel zum Schlusse seiner Erörterung beiläufig auch jenen Stellen noch ein paar Worte gönnt (kaum so viele, als mein obiger Bericht darüber enthält), zeigt unverkennbar, dass ihm die bestehende Theorie des castrense und quasi castrense peculium allein das maassgebende war, dass er lediglich aus ihr die Entscheidung der einzelnen Fragen hernahm, und dass es ihm sehr nebensächlich und gleichgültig dünkte, ob diese Entscheidungen mit den Aussprüchen des Corpus iuris zusammenstimmten, oder nicht. Wiederum ein Beweis, dass wir es hier überall nicht mit blossen Versuchen einer objectiv richtigen Auslegung des Corpus iuris zu thun haben, die

---

ist daher aus dieser Rücksicht wieder zu dem ältern Standpunkte zurückgekehrt.

wir vermöge unserer bessern Erkenntniss berichtigen dürften, sondern vielmehr mit echtem, auf selbständigen Füssen stehendem Gewohnheitsrechte.[8]

---

8) Man vergleiche Enenkel, De privilegiis parentum et liberorum Priv. X. nr. 32. Ferner Brunnemann ad L. 34 C. de episc. 1, 3: „Filiifamilias Clerici, quae *occasione officii* adquirunt, instar peculii castrensis possident. — — Ratio horum est, quia Clericus coelestis militiae miles dicitur et *per consequens* quod *ex ista militia* adquirit, peculii castrensis instar se habet. Unde a contrario sensu probatur, ea quae filius non adquisivit ex Clericatu, non esse propria ipsius filiifamilias" rel. Endlich Lauterbach, Coll. theor.-pract. XV, 1 §. 15 in f.: auch er folgert rein aus innern Rücksichten und aus der Natur der Sache. — Andere deutsche Juristen, welche diese Meinung vertreten, sind folgende: Sichard ad L. 4 Filiusf. C. fam. erc. 3, 36 nr. 3; Mynsinger ad §. 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 5; Hub. Giphanius ad §. 1 I. eod. verb. „exceptis videlicet castrensibus"; Diod. Tulden, Comm. in Lib. I. tit. 3 C. de episc. nr. 6; Joh. Philippi, Usus pract. Institutionum (1665) Eclog. 43 ad lib. II. tit. 9 §. 1 nr. 4; Joach. Hoppe, Comm. ad Inst. (Ed. II. 1694) Ad §. 1 I. per quas pers. 2, 9; Cocceji, Ius civ. controv. XV, 1 qu. II.; Just. Henn. Boehmer, Ius eccl. prot. lib. III. tit. XXV. §. 25 sq.; Kreittmayr, Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bavar. civ. Th. I. Cap. V. §. IV. nr. 2; Höpfner, Commentar über die Institutionen §. 428; Hofacker, Princ. iur. civ. rom.-germ. §. 569; Mackeldey, Lehrb. des heut. röm. R. 3. Aufl. (1820) §. 402. — Mit dem Auftreten der früher im Texte bezeichneten Richtung bricht auch in diesem Punkte die bisherige Entwickelung plötzlich und unvermittelt ab. Thibaut, System des Pand.-R. (4. Ausg.) §. 359 erklärt für quasi castrense peculium „alles, was ein Geistlicher auf irgend eine Art eigenthümlich (also nicht als profectitium vom Vater) erwirbt," und bemerkt nur in der Anmerkung, dass Enenkel und Lauterbach hier keine Ausnahme zulassen wollten, so dass der Leser glauben muss, diese beiden seien die einzigen Vertreter der gegentheiligen Meinung gewesen. Die Lehre Thibaut's wurde alsbald wörtlich aufgenommen von Glück, Pandektencommentar XIV. (1813) S. 364, obwohl er im zweiten Bande (1791) §. 136 (S. 216) noch ganz und gar die ältere Lehre vorgetragen hatte. Im Jahr 1835 hatte sie schon solche Fortschritte gemacht, dass Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht und Process VIII. S. 125 der alten Lehre kaum noch einen mitleidigen Seitenblick schenkt. Bei den spätern ist jede Erinnerung an diese alte Lehre verschwunden; sie beschäftigen sich nur noch mit einer andern Streitfrage. Ich beziehe mich auf §. 65 und die dort in der Anm. 4 gegebenen Nachweisungen.

§. 86.

Wir gelangen zu der Frage, was für Personen es waren, bei denen man als Haussöhnen in Gemässheit der dargelegten Theorie die Möglichkeit eines castrense und quasi castrense peculium anerkannte.

Im allgemeinen hat diese Frage bereits in dem vorigen Paragraphen ihre Beantwortung erhalten. Ein castrense peculium schrieb man den veri milites, ein quasi castrense peculium den quasi milites zu. Als die veri milites betrachtete man aber ursprünglich die Ritter, als quasi milites zunächst die Doctoren und die Geistlichen.

Auf dieser Stufe finden wir das Institut in der Wormser Reformation von 1498. Es heisst nämlich darin IV. 4 tit. 9, dass Haussöhne kein Testament machen sollen „aussgenommen, so der Son Doctor oder Ritter were, der möcht Testament oder gescheft machen von den Gütern, die eyn Doctor mit seyner arbeyt durch seyn kunst, oder ein Richter (lies: Ritter) in streiten oder Kriegshendeln gewonnen hett".[1]

Auch Sichard betrachtet um die Mitte des 16. Jahrhunderts das castrense peculium noch als ein Privileg allein der Ritter und nicht sämmtlicher Kriegsleute. Denn er versteht unter den milites armatae militiae überhaupt nur die Ritter (vgl. S. 594); und vollends wird seine Meinung ausser Zweifel gesetzt durch folgende Aeusserung zu der L. 4 Si filiusf. C. fam. erc. 3, 36 nr. 3: „Sic quoque nostra aetate, ubi est diversa ratio militum, atque olim (sc. apud Romanos) fuit, si *militi cingendo* pater donaret catenam auream, donaret ephippia, phaleras, annulos aureos et reliqua, quae solent hodie conspici vulgo in *equitibus auratis*, illa essent castrensia peculia" rel.

Als aber der Begriff des miles armatae militiae sich allmählich in der früher angegebenen Weise umbildete und zu der altrömischen Bedeutung des Soldaten und Kriegsmannes zurück-

1) Ich entnehme die Stelle aus Stobbe, Geschichte der deut. Rechtsquellen II. S. 55 Note 19. Mir selbst ist das Rechtsbuch leider nicht zur Hand gewesen.

kehrte, da wurde auch das castrense peculium wiederum an diesen ursprünglichen Begriff angeknüpft. Schon am Anfange des 17. Jahrhunderts hatte sich diese Entwickelung vollständig vollzogen, und seitdem sind die beiden Begriffe des Soldaten und des castrense peculium stets in ungestörter Verbindung geblieben.[2]

Es ergaben sich jetzt folgende Fragen, welche zu einem Theil noch gegenwärtig von praktischer Bedeutung sind:

1) ob auch die „Freibeuter, Freireiter, herumlaufenden herrenlosen Knechte" etwas als castrense peculium erwerben könnten. Lauterbach verneint die Frage mit Berufung auf die Ordnung des Landfriedens von 1521 Tit. XV. (Koch, Sammlung der Reichsabschiede II. S. 201) und auf den Reichsabschied von 1555 §. 52 (Koch III. S. 24). Desgleichen spricht er mit Berufung auf die Fussknecht-Bestallung von 1570 Art. 68 (Koch III. S. 339) dem „Tross, Huren und Buben" jede Fähigkeit eines castrense peculium ab.[3]

2) Bocerus, De bello (1607) cap. XVIII. nr. 18 verbunden mit cap. XXVIII. nr. 2 sqq.; Iust. Meier, Colleg. Argentor. (zuerst 1617) XLIX, 17 nr. 2 in f. verbunden mit XXIX, 1 nr. 3; Lauterbach, Colleg. theor.-pract. XV, 1 §. 7; Eichmann, Erklärungen des bürg. Rechts III. S. 128 fg.; Höpfner, Commentar über die Institutionen §. 427; Glück, Pandektencommentar II. S. 215, XIV. S. 361 fg., und statt aller späterer Vangerow, Lehrb. der Pand. I. §. 234 (7. Aufl. S. 434). Ich beziehe mich auch noch auf folgende Gesetzbücher und Gesetzgebungsarbeiten: Churpfälzisch ernewert Landrecht von 1610 Th. III. Tit. II. §. IV., V., Bayrisch Landrecht von 1616 Tit. III. Art. 1, Tit. XXXIV. Art. 11, Nassaw-Catzenelnbogische Landordnung von 1616 Th. III. Cap. I. §. 2, Landr. der Marggrafschaft Baden von 1710 Th. V. Tit. III. §. 3, Preuss. Landrecht von 1721 Buch I. Tit. XIX. §. III., Buch V. Tit. I. Art. I. §. V., Project des Corp. Jur. Frider. von 1749 P. I. lib. I. tit. IX. art. IV. §. 62, 63, Cod. Maximil. Bavar. civ. von 1756 Th. I. Cap. V. §. IV. und die Anmerkungen dazu von Kreittmayr Th. I. Cap. V. §. IV. nr. 1, Preuss. Allg. Landrecht von 1794 Th. II. Tit. 2 §. 149.

3) Lauterbach, De peculio (1642) §. V. not. 2 (Diss. acad. vol. III. p. 314) und Colleg. theor.-pract. XV, 1 §. 7. Ebenso Hofacker, Princ. iur. civ. §. 567 I. Quirinus Schacher dagegen, Disp. de peculio cast. Lips. 1646 §. LV., LVI., räumt dem Tross (er nennt ausdrücklich: „feminae, liberi, ancillae, lotrices in militia degentes", ferner „die



2) Eine weitere, auch für unsere Zeit erhebliche Frage war, ob nur wirkliche Soldaten zum Erwerb eines castrense peculium im Stande seien, oder auch Kriegscommissäre, Auditoren, Feldprediger, Militärärzte, Marketender und andere Personen, die sich bloss mit den Soldaten im Felde befänden. Von Schacher wurde dieses bejaht, von den meisten aber eben so entschieden verneint.[4] Nach meinem Bedünken lässt sich eine so unbedingte Antwort gar nicht geben, sondern es kommt alles auf die Militärverfassung der einzelnen Länder an. Werden dergleichen Personen zu den Militärpersonen gerechnet, so können sie von dem castrense peculium nicht ausgeschlossen werden. In Ansehung der Marketender geschieht jenes wohl nirgends.[5] Die ganze Frage ist übrigens von geringerm Belange, als man auf den ersten Anblick glauben könnte, weil den bei dem Heer angestellten Civilbeamten und Geistlichen doch jedenfalls ein quasi castrense peculium zugestanden werden müsste.

3) Dass die Seesoldaten wirkliche Soldaten und folglich eines castrense peculium fähig seien, ist niemals bezweifelt

---

Lackeien, Tross- und Fouragier-Jungen") ein castrense peculium ein. Auch den „Freibeutern und Freireutern" will er ein solches beilegen. Für uns haben diese Fragen kein praktisches Interesse mehr, und ich kann mich daher mit ihrer kurzen Berührung begnügen.

4) Man vergleiche einerseits Schacher l. c. §. LVI., LVII, andererseits Eichmann, Erklärungen des bürg. Rechts III. S. 128 fg., Höpfner, Institutionen-Commentar §. 427 Anm. 1, Glück, Pandekten-Commentar XIV. §. 906 II. (S. 361), Hänsel, Bemerkungen und Excurse über das königl. sächs. Civilrecht I. S. 381, Holzschuher, Theorie u. Casuistik des gem. Civilr. I. §. 67 zu Nr. 10.

5) Für Norddeutschland sind diese Verhältnisse genau bestimmt durch die „Klassifikation der zum Preussischen Heere und zur Marine gehörenden Militairpersonen nach ihren verschiedenen Dienst- und Rangverhältnissen": Beilage A zu dem mittels Verordnung vom 29. Dezember 1867 im ganzen norddeutschen Bundesgebiete eingeführten Strafgesetzbuche für das Preussische Heer. (Bundes-Gesetzblatt von 1867 S. 283 ff. vgl. S. 185, 188.) Danach werden unterschieden A. Personen des Soldatenstandes und B. Militärbeamte. Letztere gehören zwar nicht zu dem Soldatenstande, sind aber doch als Militärpersonen zu betrachten. Zu ihnen werden unter andern gerechnet: die Auditeure, Intendanten, Militärgeistlichen, Militärärzte, Feldapotheker u. s. w.

worden und kann nicht bezweifelt werden. Nicht so einig war man in Ansehung der Ruderer und Matrosen auf Kriegsschiffen, obgleich sie bei den Römern unzweifelhaft als milites galten.[6] In unserer Zeit werden wohl überall die Matrosen der Kriegsschiffe gleich den eigentlichen Land- und Seesoldaten als Glieder der bewaffneten Macht des Staates betrachtet und daher jenen in der rechtlichen Behandlung gleichgestellt.[7]

4) Ob den Landjägern und Gendarmen die Eigenschaft von Militärpersonen und folglich die Möglichkeit eines castrense peculium zuzuerkennen, lässt sich wiederum nicht so schlechthin, sondern nur mit Rücksicht auf die besondern Einrichtungen und Verhältnisse in den einzelnen Staaten beurtheilen. In der Mehrzahl der deutschen Länder werden sie wohl zu den Militärpersonen gerechnet. Wo sie nicht für solche gelten, muss man sie aber jedenfalls eines quasi castrense peculium für fähig erklären.[8]

---

6) L. un. §. 1 D. de B. P. ex test. mil. 37, 13 verb.: „In classibus omnes remiges et nautae milites sunt". Trotz dieses klaren Ausspruches wird in der zweiten Ausgabe des Collegium Argentoratense (1657) XXIX, 1 nr. 2 der Zweifel aufgeworfen, ob in der Gegenwart den Ruderern die militärischen Privilegien zugesprochen werden könnten, da viele zur Strafe zum Ruderdienste verurtheilt würden und die freiwilligen Ruderknechte „homines vilissimi et infames" seien, denen zu dem Soldatenstande und seinen Privilegien kein Zutritt gebüre.

7) Entschieden ist dieses in Norddeutschland der Fall. Man vergleiche die Verfassung des norddeutschen Bundes Art. 53 Absatz 4, 5 und die in der Anm. 5 erwähnte Klassifikation.

8) Nach preussischem Rechte und norddeutschem Bundesrechte gehören sie unzweifelhaft zu den Militärpersonen, und zwar sogar zu denjenigen des eigentlichen Soldatenstandes. Vgl. die angeführte Klassifikation A. II. 1. g, 2. d. — Mühlenbruch in der Fortsetzung von Glück's Commentar XLII. S. 43 will der „Polizei- und Landmiliz (Gensd'armerie)" das militärische Testamentsprivilegium und, wie es scheint, die Eigenschaft von Militärpersonen „nach römischem Recht" unbedingt absprechen mit Berufung auf die von den Officialen der magistri militum handelnde L. 16 C. de test. mil. 6, 21. Allein eben so gut und vielleicht mit besserm Grunde könnte man unsere Gendarmen auch den römischen vigiles vergleichen, und dass diese für milites galten und nach militärischem Rechte testieren konnten, erhellt aus der L. un. §. 1 D. de B. P. ex test. mil. 37, 13. Dergleichen moderne Verhältnisse lassen sich aber überhaupt gar nicht nach unmittelbaren Aussprüchen des Corpus iuris beurtheilen.

5) Endlich ist noch die Frage erhoben worden, ob auch bei Haustöchtern ein castrense peculium vorkommen könne. Merkwürdig genug haben sich alle Schriftsteller, die von dieser Frage handeln, für die Bejahung ausgesprochen.[9] Aber gewiss mit Unrecht. Bei uns so wenig, als bei den Römern, sind Weiber fähig zum Soldatenstande; und wenn in wenigen vereinzelten Fällen Frauen unter Verheimlichung ihres Geschlechtes thatsächlich als Soldaten mit in den Krieg gezogen sind, so kann uns das gewiss nicht bestimmen, solche Personen nun auch juristisch wirklich als Militärpersonen zu betrachten und zu behandeln. Soldat und Weib sind für uns, wie für die Römer, innerlich widerstreitende Begriffe.

§. 87.

Was das quasi castrense peculium angeht, so sprach man zwar die Fähigkeit zum Erwerbe eines solchen in erster Linie den Doctoren und den Geistlichen zu als denjenigen, welche mit den veri milites, das heisst den Rittern, überhaupt gleichen Rang und gleiche Privilegien hätten. Allein man blieb dabei nicht stehen. Wie die Italiener (§. 79, 80), so gab man gerade in Beziehung auf das quasi castrense peculium dem Begriffe der militia eine weitere Ausdehnung. Man verstand nämlich darunter überhaupt den öffentlichen Dienst, das heisst die berufsmässige Thätigkeit für den Staat oder das Gemeinwohl.[1]

---

9) So Schacher l. c. (Anm. 3) §. LV., LVI. mit Berufung auf Kornmann, De statu virgin. cap. 41. Ferner Willenberg, De peculio filiarumf. Gedani 1722 (auch in seinen Exercit. Sabbath. P. II. nr. 21) §. V. — VIII.; Kreittmayr in den Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civil. Th. I. Cap. V. §. IV. Nr. 1 (Er will ein castrense peculium zugestehen „den Weibs-Personen, soweit sie im Kriegswesen mit Nutzen zu gebrauchen sind".) Minder unumwunden, aber doch im ganzen in dem gleichen Sinne äussert sich Lauterbach, De peculio (1642) §. V. not. 2 (Diss. acad. vol. III. p. 314) und Colleg. theor.-pract. XV, 1 §. 7.

1) Vgl. Sichard ad L. 4 Si filiusf. C. fam. erc. 3, 36 nr. 3 (§. 85 Anm. 1) und ad rubr. tit. C. qui test. fac. 6, 22 nr. 10: „— — in peculio quasi castrensi, id est, quod acquiritur ex aliqua opera publica"; Bachov ad §. Igitur 1 I. per quas pers. 2, 9 verb. „Suis laboribus" nr. 6. Bachov stellt sich hier ganz und gar auf den Standpunkt des, ausdrücklich von ihm angeführten, Johannes Faber. S. §. 80 (S. 575 fg.).

Demgemäss nahm man an, dass ein quasi castrense peculium haben könnten nicht allein die Doctoren und die Geistlichen, sondern auch sämmtliche öffentlich angestellte und aus öffentlichen Mitteln besoldete hohe oder niedere Beamten, ferner die Advocaten, die Aerzte und die Notarien, ja sogar schon die blossen Scholaren und Studenten.[2]

Die Hereinziehung der Scholaren, welche der Lehre fast aller italienischen Commentatoren seit Bartolus zuwiderlief (§. 80), beweist aber, dass man in Deutschland den Begriff der quasi militia noch weiter fasste, als die Italiener. Der Gedanke, der bei den letztern nur vereinzelt und gleichsam versuchsweise auftritt, dass das quasi castrense peculium in den Erwerbungen „*ex scientia* vel officio publico" bestehe (S. 577), wurde von den deutschen Juristen alsbald sehr allgemein aufgenommen. Als die treibende Ursache haben wir ohne Zweifel den Umstand zu betrachten, dass in Deutschland die Doctoren anfänglich mit der Advocatur sich nicht befassten (§. 82), und doch auch nicht sämmtlich eigentliche Beamtenstellungen hatten, für alle Fälle aber den vermöge ihrer Kenntnisse gemachten Erwerb sich als eigenes Vermögen sichern wollten.[3]

Schon in der Wormser Reformation von 1498 kommt jener Gedanke deutlich zum Vorschein, wenn sie IV. 4 tit. 9 einem Doctor erlaubt, selbst als Haussohn über die „mit seyner arbeyt, durch sein kunst" gewonnenen Güter zu testieren (S. 618.) Völlig unzweideutig wird er von zahlreichen Juristen des 16. Jahrhunderts ausgesprochen. Ich erwähne:

Ferrarius Montanus, Adnotationes in IV Inst. Iust. libros. Lugd. 1534. 8°. Lib. II. tit. 9 per quas pers. (p. 220): Peculium quasi castrense dicimus, quod *ex publico munere*

---

2) Vgl. Sichard ad L. 4 C. cit. (§. 85 Anm. 1), ad L. 1 et 2 C. ad SC. Maced. 4, 28 nr. 16, 17, ad rubr. tit. C. qui test. fac. 6, 22 nr. 10, 11; Mynsinger, Schol. in §. 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 5; Bachov l. c.; Harpprecht ad pr. I. per quas pers. 2, 9 nr. 7.

3) Man vergleiche Stintzing, Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland S. XXI fg., XXIX ff., Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I. S. 631 ff., II. S. 47—63.

aut functione aliqua operave, etiam ex privatis personis, filiusfamilias adsequitur.

Lib. II. tit. 12 quib. non est perm. (p. 233): Prohibentur autem testari filiifamilias, nisi vel in castris vel *bonis literis* militarint.

Melchior Kling, In IV. Inst. libros enarrationes. Francof. apud Egenolphum s. a. (Epist. dedic. d. a. 1542): Aut loquimur de castrensi peculio, quod scilicet filiusfamilias in castris acquirit; aut in quasi castrensi peculio loquimur, quod scilicet filiusfamilias *sua arte vel industria* acquirit, ut si est magister artium liberalium, medicus, advocatus, notarius etc.

Justin Gobler, Keyserlicher vnd des H. Reichs Rechten, die Vier Bücher der Instituten — —. Auff's new verteutscht vnd aussgelegt. Franckfort 1557 fol. (Widmungsbrief von 1551.) Buch II. Tit. XII. Summa: — — Welche noch inn Vätterlichen gewalt seind (ob auch die Vätterliche bewilligung da were) können sie doch im Rechten nicht Testirn, aussgenommen deren, welche in kriegshändlen vnd dergleichen, oder inn gůten künsten durch jre geschicklichkeyt etwas erworben haben, vom selben mögen sie wol, ob es auch dem Vatter nicht zu willen, vnd als ob sie jres eygenen Rechtes weren, Testirn.

Matthaeus Wesenbeccius († 1586) ad rubr. tit. I. per quas pers. 2, 9 nr. 5: Quomodo — —, qui reipublicae *in toga* et muneribus publicis praestolantur et serviunt, militare creduntur — —, sic et illa, quae filiifamilias ex patrociniis, publicis muneribus, *professione artium liberalium*, denique ex publico undecunque salario quaerunt, pro quasi castrensi peculio habetur.

Comm. in Dig. XLIX, 17 de castr. pec. nr. 2: Ad exemplum porro castrensis peculii constitutionibus principum eadem privilegia filiisfamilias indulta sunt in his, *quae honestis togatae militiae — — artibus parant et lucrantur*, unde haec quasi castrense peculium solent appellari.

Die Befestigung und weitere Ausbildung dieser Theorie wurde wesentlich begünstigt durch zweierlei in der gleichen

Richtung zusammenwirkende Umstände. Einmal durch den eifrigen Betrieb der klassischen Studien im 16. Jahrhundert. Man bemerkte jetzt, dass Cicero und andere Schriftsteller aus der Zeit der klassischen Latinität die Thätigkeit der Advocaten und Juristen bildlich als eine militia bezeichnet hatten. (S. 433.) Und da man die nachklassische Literatur nicht mehr sonderlich beachtete, so nahm man an, dass in dem Corpus iuris, insbesondere in der L. 14 C. de advocat. div. iudicior. 2, 7, der Ausdruck nur in der nämlichen bildlichen Bedeutung gemeint sei.[4] Sodann aber auch durch die Veränderungen im Heerwesen und die Gewohnheit, miles wieder im altrömischen Sinn als gleichbedeutend mit Kriegsmann zu nehmen und bei dem Worte zunächst bloss an einen Soldaten und nicht mehr an einen Ritter zu denken. Schon deswegen musste die Anwendung dieses Wortes auf die Advocaten, Beamten u. dgl. mehr und mehr als eine rein bildliche Redeweise erscheinen.[5] So finden wir hier eine merkwürdige rückläufige Bewegung. Der Ausdruck miles, der sich in der Anwendung auf die Beamten und Advocaten bei den Römern allmählich aus einem bloss bildlichen zu einem eigentlichen verdichtet und diese eigentliche Bedeutung, und zwar in einem noch strenger eigentlichen Sinn, durch das ganze Mittelalter hindurch behalten hatte, verflüchtigte sich jetzt rasch wieder zu einem rein bildlichen.

Je mehr aber dieser Verflüchtigungsprocess fortschritt, und je mehr man demnach im Hinblicke auf die Worte der L. 14 C. cit.: *non minus provident humano generi,* quam si praeliis atque

4) Man vergleiche z. B. Zasius, Substit. tract. (1532) cap. V. (Opp. tom. V. Francof. 1590 p. 94 col. I.); Viglius Zuichemus († 1577) ad rubr. tit. I. de mil. test. 2, 11 nr. 14 und ad §. 6 I. eod.

5) Vgl. z. B. Donellus, Comm. iur. civ. lib. IX. cap. 5 nr. 10: Quasi castrense dictum, — — quod ad similitudinem et instar castrensis peculii inductum sit; idque *propter similitudinem operae et castrorum.* Nam et superiores illi (sc. advocati, magistratus etc.) in munere atque opera publica *sua quaedam castra habent*, in quibus militant reipublicae non minus, quam milites, qui armis rempublicam tuentur, ut in persona advocatorum eleganti rescripto declaratur in L. Advocati 14 C. de advoc. div. iudicior.

vulneribus patriam parentesque salvarent" den Grund, weshalb das römische Recht die Beamten, Advocaten, Aerzte, Lehrer der freien Künste u. dgl. den Soldaten an die Seite setze und ihnen ein quasi castrense peculium zuerkenne, nur noch in der Verwandtschaft des Wirkens, in der gleichen Thätigkeit für den Staat und das Gemeinwohl erblickte: um so viel grösser konnte und musste die Neigung sein, neben dem Beamtenstande eine jede höhere, künstlerische oder wissenschaftliche Thätigkeit als eine quasi militia und folglich als taugliche Quelle für ein quasi castrense peculium zu betrachten. Ja diese zweite Quelle galt sogar, wie die mitgetheilten Stellen lehren, bald als die stärkere und normalere. Und es wurde schon seit dem Anfange des 17. Jahrhunderts üblich, den Unterschied von togata und armata militia als den Gegensatz von Ars und Mars zu bezeichnen.[6]

Auch stand der Grundsatz, dass ein quasi castrense peculium nicht allein vermöge des Beamtenstandes, sondern auch vermöge jeder künstlerischen und wissenschaftlichen Thätigkeit erworben werden könne, bereits am Anfange des 17. Jahrhunderts in dem allgemeinen Bewusstsein so fest, dass er in mehrere damals verfasste Landrechte und Landesordnungen übergieng. So berichtet z. B. das Churpfälzische ernewert Landrecht von 1610 Th. III. Tit. II. §. IV. als Kaiserliches, das heisst gemeines Recht, dass Hauskinder vom Testieren ausgeschlossen

6) Man vergleiche die bei Harpprecht in §. ult. I. de iure pers. 1, 3 nr. 90 und in §. Aliae autem 2 I. de donat. 2, 7 nr. 72 mitgetheilten Distichen. Das letzterwähnte lautet z. B. so:

Dent magnum *Martis* victricia cornua nomen,
Gloria lausque tamen maior ab *Arte* venit.

Ferner Baumgärtner (praes. Lyncker), De iurib. peculii militaris (Ienae 1697) P. I. membr. I. cap. I. §. 5: „— — certissimum — — est omnem omnino militiam esse dignitatem et honoris speciem — — nobileque exercitium; duae enim nobilitatis scalae sunt: *Ars* et *Mars*, quorum illa togatam haec sagatam vitam insequitur. — — Atque hinc fit, ut militia praecipue distinguatur in armatam et togatam". Ich verweise auch auf §. 85 und die dort in der Anm. 5 angeführten Schriftsteller. Und dass wir es hier nicht mit einer blossen Anschauung der Juristen, sondern mit einer damals ganz allgemein verbreiteten Volksansicht zu thun haben, erhellt z. B. aus Cervantes, Don Quixote Th. II. Cap. 6 geg. E.

seien; nur dass sie mit Verwilligung ihres Gewalthabers von Todes wegen übergeben oder sonst zu milden Sachen testieren dürften, „wie dann ebenmässige Freyheit in andern ihren eygenen Gütlein, so sie in Kriegen, oder durch ihre Kunst, und sonsten in andere Wege erworben, Testament zu machen gegönnet". Und entsprechend verordnet es in §. V. „dass dergleichen Kinder — — von ihrem eygenen Gut, so sie entweder im Krieg durch ihre Dienst, Geschicklichkeit, Glück oder in andere Wege erworben — — wohl testiren — — mögen".

Ferner heisst es in der Nassaw-Catzenelnbogischen Landordnung von 1616 Th. III. Cap. I. §. 2: „Also kan auch niemand, welcher noch vnder seiner Eltern gewalt ist, ein Testament oder letzten Willen machen, dann allein de bonis castrensibus vel quasi, das ist von denen Gütern, welche er entweder im Krieg oder sonsten durch seine geschicklichkeit, mühe vnd arbeit der studien gewonnen vnd erworben hat".

Endlich schreibt das Bayrische Landrecht von 1616 Tit. III. Art. 1 dem Vater die Nutzniessung an dem Vermögen seiner Hauskinder zu, „Aussgenommen, was ein Kind durch Krieg, oder lehrung freyer Künsten erobert, zu Latein peculium Castrense vel quasi Castrense genannt", und in Tit. XXXIV. Art. 11 erklärt es die Hauskinder für unfähig zur Errichtung eines Testamentes, „ausserhalb dess Guets, so sie in Krieg, oder durch lehrung freyer Künsten, aduocirn, verwaltung eines Standts oder Ambts, aigne geschicklichkeit, vnd daher rührende redliche Besoldung vberkommen, von welchen sie wol testieren mögen".

Aus diesen Erscheinungen geht sattsam hervor, dass auch hier nirgends von einem blossen wissenschaftlichen Missverständnisse, einem missglückten Versuche objectiv richtiger Auslegung des Corpus iuris die Rede sein kann, sondern dass wir es mit einem selbständigen Ausflusse, und zwar, wie wir im Hinblicke auf die Abweichung von den Italienern sagen müssen, mit einem völlig bewussten selbständigen Ausflusse der damaligen Rechtsüberzeugung, also mit einem wahren Gewohnheitsrechte zu thun haben. Dass man dieses Gewohnheitsrecht so gut, als möglich, an das Corpus iuris anzuknüpfen suchte, kann in der Sache selbst

nichts ändern; denn welchen gewohnheitsrechtlichen Satz hätte man damals nicht auf die eine oder die andere Weise aus dem Corpus iuris zu rechtfertigen gesucht! Es erschien den deutschen Juristen vernünftig und für die deutschen Verhältnisse angemessen, die italienische Lehre von der quasi militia in der angegebenen Art zu erweitern. Das war der eigentliche Grund der von ihnen aufgestellten Theorie. Ob diese Theorie dem richtigen Sinne des Justinianischen Rechtes entspreche, kam dabei in keinen Betracht. Genug, wenn sie dem Wortlaute des Corpus iuris nicht allzu offen und handgreiflich widerstritt.

Unter solchen Umständen ist es für das heutige Recht von erheblichem Interesse, dem spätern Schicksal dieses Gewohnheitsrechtes nachzugehen.

Wir können aber die Lehre, dass nicht allein die Bekleidung eines öffentlichen Amtes, sondern eine jede künstlerische oder wissenschaftliche Thätigkeit ein quasi castrense peculium zu gewähren im Stande sei, zuvörderst durch das ganze 17. Jahrhundert verfolgen.[7] Und in der ersten Hälfte des 18. Jahrhunderts war sie vollends eine ganz allgemeine, von niemandem angezweifelte.[8] Den besten Beweis liefert der Umstand, dass

---

7) Man vergleiche Harpprecht ad pr. I. per quas pers. 2, 9 nr. 7, ad §. 6 I. de mil. test. 2, 11 nr. 4, ad §. 2 I. de donat. 2, 7 nr. 70 sqq.; Joh. Philippi, Usus pract. Instit. Ecl. 43 ad lib. II. tit. IX. §. 1 nr. 4; Brunnemann ad L. 37 C. de inoff. test. 3, 28 nr. 3; Lauterbach, Colleg. theor.-pract. XV, 1 §. XIII. in f., §. XIV.; Petr. Müller in add. α ad Struvii Synt. iur. civ. Exerc. XX. §. LXVII., Joach. Hoppe ad §. 1 I. per quas pers. 2, 9: Quasi castrense peculium est, quod filiusfamilias ex militia togata, *munere puta publico aut artibus liberalibus* vel occasione earundem legitime quaesivit.

8) Just. Henn. Boehmer, Introd. in ius Digest. (Ed. I. 1704) Lib. XV. tit. 1 nr. 6: Quasi castrense peculium — — comprehendit omne illud, quod filiofamilias non obvenisset, nisi *artibus liberalibus et studiis* operam dedisset vel *officia publica* gessisset. Sam. Stryk, Opp. omn. tom. VIII. Diss. XXVI. de obl. filiif. (1708) cap. II. §. 14; Heineccius, Elem. iur. civ. sec. ord. Inst. (zuerst 1725) Lib. II. tit. 9 §. 475, Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. (zuerst 1727) Lib. XV. tit. 1 §. 181; Bauer, De peculio quasi cast. studios. (1726) §. VI., VII. S. auch noch Eichmann, Erklärungen des bürg. Rechts III. (1784) S. 131, 135; Glück,

sie Eingang erhalten hat in zwei um die Mitte dieses Jahrhunderts entstandene Gesetzgebungsarbeiten, welche ausgesprochenermaassen wesentlich nur eine Aufzeichnung des damals in der Praxis geltenden Rechtes beabsichtigen. Nämlich erstens in das von Samuel von Cocceji verfasste Project des Corporis Juris Fridericiani P. I. (von 1749) lib. I. tit. IX. art. IV. §. 66, welcher folgendermaassen lautet:

> Peculium quasi castrense ist, wenn ein Kind, nicht aus dem Kriege, sondern durch seine Bedienungen (ex militia togata), oder durch seinen eigenen Fleiss und Kunst etwas acquiriret.
>
> Zu diesem Peculio gehören also nicht allein die Salaria fixa, sie mögen von weltlichen oder geistlichen Officiis kommen, sondern auch alles, was die Bedienten, welche keine Salaria haben, als Doctores, Advocati, Notarii etc., oder was diejenige, die keine Bedienungen haben, als Mahler und andere Künstler, durch ihren Fleiss und Kunst erwerben.

Zweitens aber auch in den Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756 Th. I. Cap. V. §. IV., wo das quasi castrense peculium definiert wird als dasjenige,

> was ihnen (den Kindern) durch Begleitung anderer Aemter oder durch Uebung freyer Künsten und Wissenschaften zugehet.[9]

Erst gegen das Ende des Jahrhunderts fiengen einzelne Schriftsteller an, diese Begriffsbestimmung als unrichtig anzufechten. Auf dem Corpus iuris fussend, wollten sie bloss noch den Erwerb aus

---

Pandektencommentar II. (1791) §. 136 (S. 215 fg.): „quasi castrense, was Kinder durch freie Künste und Wissenschaften, oder durch öffentliche Bedienungen und Würden, die sie im Staat bekleiden, erworben haben".

9) Man vergleiche dazu auch die Anmerkungen von Kreittmayr Th. I. Cap. V. §. IV. nr. 2. Noch im Jahr 1828 bezeugt Hänsel, dem damals eine dreiundzwanzigjährige praktische Erfahrung zur Seite stand, in den Bemerkungen und Excursen über das kgl. sächs. Privatrecht I. S. 387, dass sich die Praxis an diese Regel halte, obwohl er selbst darin nur eine ziemlich willkürliche Veränderung des Begriffes von quasi castrense peculium erblickt.

einem öffentlichen Amte als quasi castrense peculium anerkennen.[10] Und gegenwärtig ist die alte Lehre so vollständig verlassen, dass man sich ihrer kaum mehr erinnert, und dass nur noch selten jemand sich zu einer ausdrücklichen Zurückweisung dieser „entschieden verwerflichen Meinung“ herbeilässt.[11]

Ob dieses Urtheil ein gegründetes sei, wird später seine Erörterung finden. Vorerst müssen wir noch die Art der Anwendung jener Lehre im einzelnen kennen lernen.

1) Zu allen Zeiten war es unbestritten, dass aller erlaubte Erwerb, den ein gewaltuntergebener öffentlicher Beamter in Folge seines Amtes mache, quasi castrense peculium sei. Zwischen höhern, wissenschaftlich gebildeten und zwischen niedern Beamten findet sich keine bestimmt ausgesprochene Unterscheidung. Doch lässt sich erkennen, dass man unter dem Einflusse der Vorstellung, die man sich von der togata militia gebildet hatte (S. 626), eine Zeit lang wenig geneigt war, auch aus den niedern, eine wissenschaftliche Bildung nicht erheischenden Bedienstungen ein quasi castrense peculium her-

---

10) Hierher gehören namentlich Höpfner, Commentar über die Institutionen §. 428 Note 2: „Viele Juristen behaupten, dass alles, was durch die Wissenschaften oder bei Gelegenheit der Studien erworben werde, ein peculium quasi castrense sei. — — Allein diese Meinung lässt sich aus den Römischen Gesetzen nicht vertheidigen“ und Thibaut, System des Pandektenrechts §. 359 (8. Ausg. §. 252). Vgl. dazu Braun's Erörterungen II. S. 349 fg. Ihm folgte auch hier Glück in dem 14. Bande des Pandektencommentars S. 363 ff. mit stillschweigender Preisgebung seiner frühern Lehre.

11) Vgl. Puchta, Vorlesungen §. 435 ad 1; Mühlenbruch, Lehrbuch des Pandektenrechts (4. Aufl. 1844) §. 566 Anm. 5: „Die Ausdehnungen, welche sich hier manche Neuere (!) erlauben (z. B. auf alles, was jemand durch Ausübung einer Wissenschaft erwirbt, s. Höpfner, Commentar §. 428), sind wegen der Singularität dieses Rechtsbegriffs sämmtlich zu verwerfen“; Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilrechts 5. Aufl. §. 390 (III. S. 79); Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilrechts I. §. 67 zu 4. Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht und Process VIII. S. 129—136 erwähnt der Frage gar nicht, und ebenso verfahren, mit Ausnahme der genannten, alle Lehr- und Handbücher unserer Zeit, als z. B. Mackeldey, Göschen, Vangerow, Sintenis, Arndts, Keller, Windscheid, Brinz.



vorgehen zu lassen.[12] Diese Neigung gelangte aber nicht zur Geltung. Vielmehr trat schon am Ende des 17. Jahrhunderts die niemals vollständig verschollene Ansicht, dass jedes, auch ein niederes öffentliches Amt zu einem quasi castrense peculium verhelfen könne, wieder ganz allgemein und offen hervor.[13] Insbesondere wird sie aufgestellt und an vielen einzelnen Beispielen entwickelt von Lauterbach, Colleg. theor.-pract. XV, 1 §. XIV. und von Petrus Müller in add. α ad Struvii Synt. iur. civ. Exerc. XX. §. LXVII. Beide legen unter andern auch den Praefecti, Secretarii, Quaestores, welche Lauterbach als „Keller, Pfleger und Küchenmeister" übersetzt, ferner den Hippodami und Lanistae, das heisst den „Bereit- und Fechtmeistern", ein quasi castrense peculium bei. Doch werden von beiden ausdrücklich die blossen Handwerker, die artifices et mechanici, ausgeschlossen, selbst wenn sie aus öffentlichen Mitteln bezahlt würden, weil ihr Erwerb stets ein Erwerb „ex privata causa" sei. (Vgl. §. 80.) Die Architekten und Ingenieure sollen indessen ein quasi castrense peculium haben können.

Seit dem 18. Jahrhundert wird vollends ganz einstimmig alles von einem Haussohn in Folge irgend eines, höhern oder niedern, öffentlichen Amtes erworbene für quasi castrense peculium erklärt.[14]

---

12) Vgl. Kling und Gobler an den S. 624, Sichard und Harpprecht an den in der Anm. 2 angeführten Orten. Ferner die S. 626 fg. mitgetheilten Stellen des Churpfälzischen Landrechts von 1610, der Nassaw-Catzenelnbogischen Landordnung von 1616 und des Bayrischen Landrechts von 1616. Ich verweise auch noch auf Herm. Vultejus († 1634) ad Inst. II, 9 per quas pers. nr. 7 und ad pr. Inst. II, 11 de mil. test. nr. 1; Joh. Philippi, Usus practicus Instit. (1665) Ecl. 43 ad Lib. II. tit. IX. §. 1 nr. 4.

13) Aeltere entschiedene Anhänger dieser Ansicht sind: Ferrarius Montanus und Wesenbeccius in den S. 623 fg. mitgetheilten Stellen. Oldendorpius, De actionibus Class. IV. act. VII. (Opp. Basil. 1559 Tom. II. p. 327); Mynsinger ad §. 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 5; Donellus, Comm. iur. civ. lib. IX. cap. 5 nr. 10; Bachov ad §. 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 2, 6; Ludwell, Comm. in Inst. (Ed. II. 1662) ibid. nr. 2.

14) Aus dem Ende des 17. Jahrhunderts nenne ich noch Joach. Hoppe l. c. (Anm. 7). Ferner aus dem 18. Jahrhundert: Boehmer, Stryk, Heineccius ll. cc. (Anm. 8), das Project des Corp. Jur. Frider.

Zwischen Staats- und Hofbeamten wird dabei von den Schriftstellern vor unserm Jahrhundert so wenig unterschieden, als von den Römern. Im Gegentheil kommt sogar militia palatina als völlig gleichbedeutend mit militia togata vor.[15] Um desto üblicher ist diese Unterscheidung in unserer Zeit.[16] Und in der That nimmt das heutige Staatsrecht zwischen den Staatsbeamten und den Hofbeamten einen Unterschied an. Man mag also jene Darstellung beibehalten. Nur darf man sie nicht auf das Corpus iuris gründen wollen. Und wenn man den Hofbeamten ein quasi castrense peculium zuspricht, so kann man dieses nicht in der jetzt gebräuchlichen Weise aus den Bestimmungen des römischen Rechtes über das quasi castrense peculium der palatini herleiten, als welche mit den heutigen Hofbeamten gar nicht zusammen-

---

und den Codex Maxim. Bav. civ. in den S. 629 mitgetheilten Stellen; Eichmann, Erklärungen des bürg. R. III. S. 131 ff., Höpfner, Commentar über die Instit. §. 428: „Wenn auch das Amt keine gelehrte Kenntnisse erfordert, wie z. E. das Amt eines Stall-, Fecht-, Tanz- und Küchenmeisters u. s. w., so ist doch die damit verbundene Einnahme ein peculium quasi castrense"; Glück, Pandektencommentar II. §. 136 (S. 215 fg.), XIV. §. 906 (S. 363 fg.); Hänsel, Bemerkungen und Excurse über das kgl. sächs. Civilrecht I. S. 386. Von den andern Schriftstellern unseres Jahrhunderts wird die Frage gar nicht mehr berührt; nicht einmal von Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht und Process VIII. S. 129—135 und von Holzschuher, Theorie und Casuistik des gem. Civilr. I. §. 67 zu 4. Weitere Belege ergeben die Lehr- und Handbücher von Thibaut, Wening-Ingenheim, Mühlenbruch, Göschen, Puchta, Vangerow, Sintenis, Arndts, Keller, Windscheid, Brinz u. a.

15) So bei Vultejus ad pr. I. de mil. test. 2, 11 nr. 1: „militia una armata, quae et vera, altera togata, quae etiam imaginaria *itemque palatina* dicitur". Harpprecht ad §. 2 I. de donat. 2, 7 nr. 91 stellt allerdings militia armata, togata und palatina dreitheilig neben einander. Und auch Mynsinger ad §. 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 5 erwähnt des Hofdienstes neben dem öffentlichen Amte. Dieses sind aber auch die einzigen Beispiele solcher Art, welche ich habe finden können.

16) Man vergleiche Marezoll in der Zeitschrift für Civilrecht und Process VIII. S. 129—136 und die Lehrbücher von Wening-Ingenheim 5. Aufl. §. 390 (III. S. 79), Vangerow §. 235, Sintenis §. 141 II.; Holzschuher I. §. 67 zu 4, Arndts §. 431, Windscheid §. 516.

fallen, sondern lediglich daraus, dass die Hofbeamten gleich den eigentlichen Staatsbeamten immerhin zu den öffentlichen Beamten gehören und nicht als reine Privatbedienstete des Regenten angesehen werden können. Den letztern könnte natürlich ein quasi castrense peculium nicht zuerkannt werden.[17]

2) Auch den Geistlichen liess sich Angesichts der unzweideutigen Aussprüche des Corpus iuris und der entschiedenen Praxis des Mittelalters die Fähigkeit zu einem quasi castrense peculium mit Fug nicht abstreiten, obwohl ihrer von vielen Schriftstellern des 16. und 17. Jahrhunderts (soviel ich sehe, sind es nur protestantische) in dieser Lehre gar keine Erwähnung geschicht.[18] Diejenigen, welche von ihrem quasi castrense peculium reden, leiten es Anfangs noch aus dem alten Grunde ab, dass die Geistlichen eine analoge Stellung in der Kirche hätten, wie die Beamten im Staate; später führen sie es auf den Gesichtspunkt der höhern, eine wissenschaftliche Bildung erfordernden Berufsthätigkeit zurück, oder sie stellen auch die Geistlichen mit den weltlichen Beamten zusammen unter den gemeinschaftlichen Begriff der öffentlichen Beamten.[19]

---

17) Vgl. Thibaut, System des Pandektenrechts §. 359 (8. Ausg. §. 252).

18) Die Erscheinung ist interessant genug, um die Beachtung und die Angabe einiger Belege zu verdienen. Man begegnet ihr z. B. bei Ferrarius Montanus, Kling, Wesenbeccius ll. cc. (S. 623 fg.), Oldendorpius l. c. (Anm. 13), Donellus, Comm. iur. civ. lib. VI. cap. 5 nr. 8, lib. IX. cap. 5 nr. 10, Harpprecht ad pr. I. per quas pers. 2, 9 nr. 7, ad pr. I. de mil. test. 2, 11 nr. 15 sqq., ad §. 6 I. eod. nr. 4, ad §. 2 I. de donat. 2, 7 nr. 91 (trotz aller sonstiger Ausführlichkeit und Vollständigkeit!), Vultejus ad Inst. II, 9 per quas pers. nr. 7 und ad pr. I. de mil. test. 2, 11 nr. 1, Ludwell in §. 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 2.

19) Auch diese Erscheinungen sind so merkwürdig und werfen ein so helles Licht auf die allmähliche Umwandlung der Vorstellungsweise seit dem Ausgange des Mittelalters, dass ich einige Nachweisungen nicht sparen will. Die mittelalterliche Art der Anschauung zeigt sich noch bei Sichard ad L. 4 C. fam. erc. 3, 36 nr. 3 (§. 85 Anm. 1), Mynsinger ad §. 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 5 und ad rubr. tit. I. de mil. test. 2, 11 nr. 2, Bachov ad §. Igitur 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 6 in f. Vgl. selbst noch Brunnemann ad L. 34 C. de episcop. 1, 3 und Lauterbach,

Im 16. Jahrhundert zeigt sich auch in Deutschland noch eine Spur der Frage, ob schon die clerici primae tonsurae als Haussöhne ein Testament errichten und folglich ein quasi castrense peculium haben könnten. Diese Frage wird nämlich von Viglius berührt und verneint.[20] Später scheint sie gänzlich in Vergessenheit gerathen zu sein. Ueberall wird den Geistlichen insgesammt und ohne Unterschied an dem quasi castrense peculium Theil gegeben, und dieses wird wohl geradezu aus den Worten der Nov. 123 cap. 19 gefolgert.[21]

3) Das quasi castrense peculium der Advocaten war seit dem 16. Jahrhundert einhellig anerkannt.[22] Dagegen wurde

---

Colleg. theor.-pract. XV, 1 §. XIII., XIV. Der Gesichtspunkt der „liberalium artium professio" oder „liberalis functio" tritt auf bei Philippi, Usus pract. Institt. (1665) Ecl. 43 ad Lib. II. tit. IX. §. 1 nr. 4: „quod ex liberalium artium professione, *puta: ex sacerdotio*, advocatia — — (adquiritur)", und bei Hoppe, Comm. ad Instt. (Ed. II. 1694) Ad §. 1 I. per quas pers. 2, 9: „quodcunque advocatura, professione, *clericatu aut alia functione liberali* acquiritur". Dem Gesichtspunkte endlich des öffentlichen, mit den Staatsämtern gleichartigen Amtes begegnet man bereits bei Hub. Giphanius († 1609) in §. 1 I. per quas pers. 2, 9 verb. „exceptis videlicet castrensibus": „Quasi castrense peculium est ex advocationibus et *sacerdotiis aliisque officiis* quaesitum". Ferner und sehr ausgeprägt bei Höpfner, Commentar über die Institutionen §. 427, 428, und bei Hofacker, Princ. iur. civ. §. 569. Bei Glück, Pandektencommentar II. §. 136 (S. 215 fg.) ist nicht klar zu ersehen, ob er auf dem ersten, zweiten oder dritten Standpunkte steht.

20) Viglius Zuichemus ad pr. I. quib. non est perm. 2, 12 verb. „Exceptis his quos" rel. Auch in Spanien wurde, wie sich aus Retes cap. X. §. 12 (p. 273) ergiebt, die Frage damals verhandelt. Vom Standpunkte des Justinianischen Rechtes nimmt Retes keinen Anstand, sie zu bejahen; seit dem Tridentinischen Concil aber sei sie zu verneinen. Und dahin gehe auch die herrschende Ansicht.

21) Man vergleiche z. B. Löhr im Archive für die civilist. Praxis X. S. 164 Anm. 6.

22) Von Sichard geschieht es um die Mitte des 16. Jahrhunderts nur erst zögernd und nicht anders als für den Fall, dass der Advocat zugleich Doctor, also ein wirklicher Rechtsgelehrter, ist. Vgl. die Prael. ad L. 4 C. fam. erc. 3, 36 nr. 3 und ad rubr. tit. C. qui test. fac. 6, 22 nr. 10, und s. §. 82. Seit dem Ende des Jahrhunderts ist eine Neigung zu einer solchen Einschränkung nirgends mehr bemerkbar. Ich will einige Belege aus verschiedenen Zeiten geben: Mynsinger ad §. 1 Inst. per

den Procuratoren ein quasi castrense peculium abgesprochen, weil die Procuratur ein privates Gewerbe sei, noch dazu ein solches, das stets gering gegolten und welches irgend eine besondere Bildung nicht erheische. Jedoch machte man allgemein eine Ausnahme zu Gunsten der bei den höhern Gerichten, namentlich bei dem Reichskammergerichte angestellten öffentlichen Procuratoren, als welche eben so gut, wie die Advocaten, einen öffentlichen Charakter hätten und in Rang und Ansehen nicht hinter ihnen stünden, folglich nicht minder, als sie, eines quasi castrense peculium fähig sein müssten.[23] Aus ähnlichen Gründen wurde auch das Honorar der Schiedsrichter von dem quasi castrense peculium ausgeschlossen.[24]

4) Hinwieder erklärte man von jeher die Notarien in Rücksicht auf ihren öffentlichen Charakter und ihre Verpflichtung,

---

quas pers. 2, 9 nr. 5, Harpprecht ad pr. I. eod. nr. 7, Lauterbach, Colleg. theor.-pract. XV, 1 §. XIV., Petr. Müller in add. α ad Struvii Synt. iur. civ. Exerc. XX. §. LXVII., Höpfner, Commentar über die Institutionen §. 427, 428, Glück, Pandektencommentar II. §. 136 (S. 216). Als bemerkenswerther Nachklang einer längst ausgetragenen Streitfrage der Italiener ist es dabei zu verzeichnen, dass Lauterbach und Peter Müller noch am Ende des 17. Jahrhunderts für nöthig finden, ausdrücklich zu erklären, dass auch die Advocaten der Gegenwart, obwohl sie keine Staatsbesoldung bezögen, ein quasi castrense peculium haben könnten. Vgl. §. 80. Endlich will ich erwähnen, dass seit dem 17. Jahrhundert die Advocaten von vielen geradezu in die Reihe der öffentlichen Beamten gestellt werden. So z. B. von Giphanius l. c. (Anm. 19), Ludwell in §. 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 2, Lauterbach l. c., Höpfner a. a. O., Hofacker, Princ. iur. civ. §. 569.

23) Man vergleiche wegen der Regel sowohl, als wegen der Ausnahme: Bachov ad §. Igitur 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 6, Ludwell ibid. nr. 1, Brunnemann ad L. 4 C. de advoc. div. iudicior. 2, 7 nr. 8, Lauterbach, Disputat. academ. Disp. 110 nr. VIII., Coll. theor.-pract. XV, 1 §. XIV. in f., Petr. Müller ad Struvii Synt. iur. civ. Exerc. XX. §. 67 add. α nr. V., Stryk, Opp. omn. tom. VIII. Diss. XXVI. de obl. filiif. cap. II. §. 15, Bauer, De pec. quasi cast. studios. §. VII. Von den spätern Schriftstellern wird die Frage nicht mehr berührt. Dass man sich auch hier im ganzen an die italienischen Commentatoren anschloss, erhellt aus den Nachweisungen in §. 80.

24) Lauterbach, Colleg. theoret.-pract. XV, 1 §. XV., Petr. Müller l. c. Auch dieses im Anschlusse an die Italiener. Vgl. §. 80.

einem jeden ihre Dienste zu leisten, eines quasi castrense peculium für fähig.[25]

5) Nicht minder einig war man in Ansehung der Aerzte.[26]

6) Eine gleiche Einhelligkeit bestand ferner in Rücksicht der Assessoren und Räthe, sowie der an öffentlichen Unterrichtsanstalten angestellten Professoren und sonstigen höhern Lehrer.[27]

7) Aber aus dem Gesichtspunkte, dass jeder durch eine künstlerische oder wissenschaftliche Thätigkeit eines Haussohns vermittelte Erwerb als quasi castrense peculium zu betrachten,

---

25) Kling in Inst. II, 9 per quas pers. (S. 624), Sichard ad L. 1 et 2 C. ad SC. Maced. 4, 28 nr. 16 und ad rubr. tit. C. qui test. fac. 6, 22 nr. 10, Bachov ad. §. Igitur 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 6, Lauterbach, Colleg. XV. 1 §. XIV. Im 18. Jahrhundert geschieht der Frage bei den Schriftstellern keine Erwähnung mehr. Dass aber der Satz in der Praxis noch feststand, beweist das Project des Corp. Jur. Frideric. von 1749 P. I. lib. I. tit. IX. art. IV. §. 66 (S. 629). Wegen der übereinstimmenden Lehre der Italiener vergleiche man §. 80. Die angesehene Stellung, welche am Anfange des 17. Jahrhunderts die Notarien in Deutschland einnahmen, wird in interessanter Weise beleuchtet durch den Umstand, dass in Leipzig noch jetzt ein am 8. März 1624 gestifteter Verein unter dem Namen „Fraternitas notariorum et literatorum" besteht.

26) Kling l. c. (S. 624), Sichard ad rubr. tit. C. qui test. fac. 6, 22 nr. 10, Lauterbach, Colleg. theor.-pract. XV, 1 §. XV., Petr. Müller l. c. nr. III., Höpfner, Institutionen-Commentar §. 428, Glück, Pandektencommentar II. §. 136 (S. 216). Vgl. auch Hänsel, Bemerkungen und Excurse über das kgl. sächsische Civilrecht I. S. 387 als Zeugniss für die übereinstimmende Praxis. Die Uebereinstimmung mit der Lehre der Commentatoren zeigt §. 80.

27) Zu Gunsten aller dieser Personen sprach nicht nur die Lehre der Italiener (§. 80), sondern auch der Wortlaut des Corpus iuris. Ueberdem waren sie in Deutschland wohl von jeher sämmtlich als öffentliche Beamte betrachtet worden. Zum Ueberflusse vergleiche man in Betreff der assessores und consiliarii: Vultejus ad Inst. II, 9 per quas pers. nr. 7, Harpprecht ad pr. I. eod. nr. 7, Philippi, Usus pract. Inst. Ecl. 43 ad lib. II. tit. IX. §. 1 nr. 4, Lauterbach, Coll. theor.-pract. XV, 1 §. XIV.; in Betreff der professores und magistri liberalium artium: Kling l. c. (S. 624), Oldendorpius l. c. (Anm. 13), Wesenbeccius l. c. (S. 624), Mynsinger in §. 1 I. per quas pers. 2, 9 nr. 5, Vultejus l. c., Harpprecht ad §. 6 I. de mil. test. 2, 11 nr. 4, Philippi l. c., Lauterbach l. c., Petr. Müller l. c. nr. VII., Höpfner, Institutionen-Commentar §. 428, Hofacker, Princ. iur. civ. §. 569.

schrieb man diese Eigenschaft auch allem demjenigen zu, was ein Haussohn als blosser Privatlehrer eines Zweiges der Kunst oder Wissenschaft, z. B. als Sprachlehrer, oder was er als Hofmeister, oder als Maler und sonstiger Künstler, oder endlich in Folge schriftstellerischer Thätigkeit erwerbe.[28]

8) Insbesondere wurde stets festgehalten, dass jeder Erwerb eines Haussohnes, welchem die Doctorwürde zu Theil geworden, falls er ihn ohne diese Würde nicht gemacht haben würde, als quasi castrense peculium gelten müsse, wie z. B. Bücher, Doctorkleider u. dgl., die er von seinem Vater oder auch von andern Personen in Rücksicht auf seinen Stand als Geschenk empfange.[29]

9) Endlich wollten viele auch schon den blossen Studenten als quasi castrense peculium zuerkennen, was sie in ursächlichem Zusammenhange mit ihrem Studium erworben hätten; namentlich die Bücher, die ihnen ihr Gewalthaber zum Behufe dieses Studiums schenke. Denn die Studenten seien den milites, ihre Bücher den Waffen der letztern zu vergleichen.[30] Manche giengen noch weiter und liessen unter Berufung auf die Analogie des castrense peculium sogar die Gelder, welche ein Haussohn von seinem Vater oder von andern Personen zum Behufe des

---

28) Privatlehrer und Hofmeister: Stryk, Opp. omn. tom. VIII. Diss. XXVI. de obl. filiif. cap. II. §. 17, Bauer, De pecul. quasi cast. studios. §. VII.; Maler und andere Künstler: Project des Corp. Jur. Frideric. P. I. lib. I. tit. IX. art. IV. §. 66 (S. 629); schriftstellerische Thätigkeit: Glück, Pandektencommentar II. §. 136 (S. 216).

29) Brunnemann ad L. 11 D. de cast. pec. 49, 17 nr. 3, Lauterbach, Colleg. theor.-pract. XV, 1 §. XIV., XV., Petr. Müller l. c. nr. VII. et IX., Baumgärtner (praes. Lyncker), De iurib. pec. militar. P. I. membr. II. cap. III. §. 3, Stryk, Opp. omn. tom. VIII. Diss. XXVI. de obl. filiif. cap. II. §. 16, Bauer, De peculio quasi cast. studios. §. VII., Project des Corp. Jur. Frideric. P. I. lib. I. tit. IX. art. IV. §. 66 (S. 629), Höpfner, Commentar über die Institutionen §. 428, Glück, Pandektencommentar II. §. 136 (S. 216).

30) Vgl. Everhardus, Loci argument. leg. s. Topica Loc. 56 nr. 5 (Francof. 1581 p. 291); Sichard ad L. 4 C. fam. erc. 3, 36 nr. 3, 8 und ad L. 18 C. eod. nr. 3; Stryk l. c., doch mit der Einschränkung, dass der Haussohn nachher seine Studien vollendet oder einen akademischen Grad erlangt oder auf andere Weise dem Gemeinwesen durch seine Studien gedient haben müsse. Vgl. hiezu S. 578.

Studiums erhalte, quasi castrense peculium werden.[31] Die vornehmlichste Absicht war dabei, dem Sohne in Ansehung seiner Studienkosten die Collationspflicht abzunehmen. Diese Lehren wurden jedoch bereits am Anfange des 17. Jahrhunderts angegriffen von Enenkel mit Berufung auf Bartolus. (§. 80.) Auf seine Seite traten viele spätere Schriftsteller, und gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts waren jene Lehren vollständig verlassen.[32] Es erhellt also, dass sich hierin ein fester Rechtszustand niemals gebildet hatte. Und sollte auch für das Ende des 16. Jahrhunderts das Vorhandensein eines Gewohnheitsrechtes anzunehmen sein, so ist es doch durch die spätere Entwickelung mehr und mehr erschüttert, zuletzt gänzlich gestürzt worden.

---

31) Weitläufig wird dieses verfochten von Harpprecht ad §. 2 I. de donat. 2, 7 nr. 55—114 und später in einer eigenen Abhandlung von Bauer, De peculio quasi castrensi studiosorum Lips. 1726. Am Anfange des 18. Jahrhunderts scheint diese Ansicht sogar die herrschende gewesen zu sein. Vgl. Boehmer, Introd. in ius Dig. XV, 1 nr. 7, Heineccius, Elem. iur. civ. sec. ord. Instit. II, 9 §. 475, Willenberg, De peculio filiarumf. §. VII. Noch im Jahre 1770 geht der Leipziger Professor Traugott Thomasius in seiner Abhandlung De usu peculii practico p. III. davon aus, dass Geld, welches einem Haussohne von seinem Grossvater zum Behufe des Studiums vermacht worden, quasi castrense peculium sei. Und selbst Glück, Pandektencommentar II. (1791) §. 136 (S. 216) schreibt noch: „Zum peculium quasi castrense rechnet man 1) was der Vater oder ein anderer dem Sohne zum Studieren geschenkt oder vermacht hat".

32) Vgl. Enenkel, De privil. parentum et liberorum Priv. X. nr. 38, Lauterbach, Colleg. theor.-pract. XV, 1 §. XIV., Baumgärtner (praes. Lyncker), De iurib. pec. milit. P. I. membr. II. cap. III., §. 3, Cocceji, Ius civ. controv. XV, 1 qu. I. In einer eigenen, aber sehr unbedeutenden, Abhandlung wurde dieser Standpunkt verfochten von Jo. Tob. Richter, De sumtibus studiorum ad peculium quasi castrense non pertinentibus Lips. 1752. S. ferner Höpfner, Commentar über die Institutionen §. 428 Note 2, Thibaut, System des Pandektenrechtes §. 359 (8. Ausg. §. 252) und in Braun's Erörterungen II. S. 350 fg., Glück, Pandektencommentar XIV. (1813) S. 364 fg., Löhr im Archive für die civilist. Praxis X. S. 178, Wening-Ingenheim, Lehrb. des gem. Civilr. 5. Aufl. III. S. 79, Hänsel, Bemerkungen u. Excurse über das kgl. sächs. Civilrecht I. S. 387. Die spätern Schriftsteller berühren die Frage gar nicht mehr.

§. 88.

Als Ergebniss der in den vorigen Paragraphen dargelegten Entwickelung, wie sie seit der ersten Reception des römischen Rechtes in Deutschland in stetem, ruhigem und ungestörtem Zuge Hand in Hand mit der allmählichen Veränderung der thatsächlichen Verhältnisse und der Vorstellungen fortgeschritten war, bestanden gegen das Ende des vorigen Jahrhunderts folgende Grundsätze als gemeines Recht in Geltung und Uebung:

> Castrense peculium ist ein jeder Erwerb, welchen ein Haussohn seinem Soldatenstande verdankt, quasi castrense peculium ein jeder Erwerb, welchen er der Bekleidung eines öffentlichen Amtes, oder den er einer wissenschaftlichen oder künstlerischen Würde oder Thätigkeit verdankt.
>
> Die Zusammensetzung des quasi castrense peculium bemisst sich ganz und gar nach der Analogie des castrense peculium.
>
> Beiderlei Peculien sind freies Vermögen des Haussohnes gleich als eines Gewaltfreien; und der Grund liegt darin, weil er sie in Folge einer um den Staat oder das Gemeinwohl verdienstlichen Lebensstellung oder Thätigkeit erworben hat.

Man sieht, dass es dieser Lehre weder an Einheit, noch an guter innerer Begründung fehlte. Zudem entsprach sie in den Anwendungen, die man ihr im einzelnen gab, überall auf das beste den bestehenden Verhältnissen und Anschauungen. Und erwägt man noch, dass sie in ihren Wurzeln bis in die Zeit der Glossatoren zurückreichte, so wird man nicht zweifeln dürfen, dass sie in dem allgemeinen Bewusstsein nicht allein der Juristen, sondern auch der Nichtjuristen als geltendes Recht vollkommen feststand.

Eine solche Lehre hätte von Seite der Theorie wohl billig einige Schonung und Rücksicht verdient, mochte man sie nun mit dem Corpus iuris übereinstimmend finden, oder nicht. Allein am Ende des vorigen Jahrhunderts trat in dem Gebiete des Civilrechtes, wie in demjenigen des Civilprocessrechtes eine Richtung auf, welche nur noch den richtig verstandenen Inhalt der geschriebenen Quellen des gemeinen Rechtes als geltendes Recht

anerkennen wollte und was immer von der bisherigen Theorie damit nicht übereinstimmte, schlechthin als Irrthum behandelte und verwarf. Wir wollen die Erscheinung dieser Richtung wahrlich nicht beklagen. Denn ihr verdanken wir die grossen Fortschritte, welche die wissenschaftliche Erkenntniss des reinen römischen Rechtes und damit die rechtswissenschaftliche Erkenntniss überhaupt in unserm Jahrhundert gemacht hat. Allein es darf nicht verkannt werden, dass den Lichtseiten doch auch grosse Schattenseiten gegenüberstanden. Und namentlich für die gedeihliche Weiterbildung des heutigen Rechtes war das Auftreten jener Richtung zunächst durchaus nicht günstig. Denn sie riss vielfach plötzlich und scharf die Fäden der seitherigen Entwickelung entzwei und muthete der Praxis zu, statt der bewährten Regeln, an welche sie sich ungestört seit Jahrhunderten gehalten, Sätze anzuwenden, wofür sie kein Verständniss besass, und die noch niemals in Deutschland in Uebung gewesen. Ganz besonders verhängnissvoll war aber ihr Einfluss auf dem Boden unseres Institutes. Denn an die Stelle der einfachen und festen Grundsätze, von welchen bisher die Theorie und Praxis ausgegangen, setzte sie eine Reihe einzelner, jeder einheitlichen Zusammenfassung unfähiger Singularitäten und eine nicht geringe Zahl von Streitfragen, für welche auf dem Wege blosser Auslegung des Wortlautes der Justinianischen Gesetzgebung kaum eine Lösung zu gewinnen ist.

So sollen z. B. nach der von fast allen spätern Schriftstellern gebilligten Darstellung Marezoll's in der Zeitschrift für Civilrecht und Process VIII. S. 129 ff., in Ansehung des quasi castrense peculium als gemeines Recht folgende Regeln gelten. Ein Haussohn soll als quasi castrense peculium erhalten:

1) als Staatsbeamter allen Erwerb aus seinem Amte, wie z. B. Besoldung, Sporteln, sonstige Amtsaccidenzien, nicht aber auch das bloss bei Gelegenheit und aus Anlass des Amtes erworbene, wobei freilich die Grenzbestimmung ihre Schwierigkeiten haben dürfte.

2) als Hofbeamter alles aus seinem Amtsverdienste ersparte.

3) als Advocat allen durch die Advocatur und bei Gelegenheit derselben gemachten Erwerb.

4) als Geistlicher, jedoch nur, falls er Presbyter, Diaconus, Subdiaconus, Cantor oder Lector sei, alles, was er in dieser geistlichen Würde, wenn auch nicht durch den geistlichen Stand oder bei Gelegenheit desselben erwerbe, jedoch mit Ausnahme des unmittelbar ex patris substantia erworbenen.

Ferner soll noch zu dem quasi castrense peculium gehören

5) was einem Haussohne oder einer Haustochter von dem Regenten oder seiner Gemahlin geschenkt wird, und endlich

6) laut der L. 50 D. ad SC. Treb. 36, 1 die fideicommissarische Erbschaft, welche der Vater als Fiduciar dem Haussohne nach beendigter väterlicher Gewalt zu restituieren hätte, aber wegen treuloser Verwaltung sogleich restituieren muss.

Dass diese Lehre gegen die frühere nicht eben vortheilhaft absticht, lehrt sofort der Augenschein. Noch schlimmer aber ist, dass sie, wie die Untersuchungen im dritten Buche gezeigt haben, nicht einmal dem richtig verstandenen Justinianischen Rechte entspricht, sondern zu einem grossen Theil auf irriger Auslegung desselben beruht. Ja die frühere Lehre steht sogar dem echten Justinianischen Rechte in vielen Stücken näher, als die jetzige.

Sollen wir also nunmehr dieses echte Justinianische Recht an die Stelle setzen? In keiner Weise. Denn es ist ja niemals in Deutschland recipiert worden, sondern recipiert ist vielmehr ein von den italienischen Juristen des Mittelalters nach Maassgabe der mittelalterlichen Anschauungen und Verhältnisse, wenn auch allerdings mit Benutzung vieler Elemente des römischen Rechtes, ausgebildetes Gewohnheitsrecht. Und ich habe mehrfach Gelegenheit gehabt, darauf aufmerksam zu machen, dass selbst diese Reception nicht blind und unbedingt geschah, sondern dass man von den Lehren der Italiener gerade nur dasjenige annahm, was nach den Verhältnissen in Deutschland als brauchbar und angemessen erschien. Die Uebereinstimmung mit dem Corpus iuris war dabei für die deutschen Juristen ein eben so untergeordnetes und ziemlich gleichgültiges Moment, als für ihre italienischen Vorgänger und Muster. Sonach kann an dem Dasein der Erfordernisse eines wahren Gewohnheitsrechtes hier nirgends ein Zweifel obwalten.

Aber gesetzt sogar, die italienische und deutsche Lehre von dem castrense und quasi castrense peculium wäre ursprünglich aus blossem wissenschaftlichem Irrthum, aus verfehlten Versuchen einer objectiv richtigen Auslegung des Corpus iuris seinem reinen und echten Sinne nach hervorgegangen. Wäre es deshalb weniger wahr, dass diese Lehre während fast acht Jahrhunderten als geltendes Recht in Uebung bestanden hat? Und muss ein Satz, welcher, gleichviel aus welchem Grunde immer, als Rechtssatz in Uebung gekommen und durch mehrere Jahrhunderte fortwährend als Rechtssatz in Uebung geblieben ist, nicht zuletzt wirklich als geltender Rechtssatz anerkannt werden? Dieses leugnen, hiesse doch in der Rechtsgeschichte alle Berechtigung der Thatsachen bestreiten und das Gebäude des geltenden positiven Rechtes, anstatt auf dem festen Grunde der geschichtlichen Wirklichkeit, auf dem luftigen und jedem Wechsel der wissenschaftlichen Strömung nachgebenden Boden blosser Theorieen aufführen.[1]

Zudem lässt sich nicht bemerken, dass jene frühere Lehre von dem castrense und quasi castrense peculium irgend mit höhern Rücksichten, sei es mit den Grundsätzen der Logik, sei

1) Angenommen z. B., dass man im Mittelalter aus blossem Missverständnisse des römischen Rechtes dazu gelangt wäre, den Doctoren den Stand und die Privilegien der Ritter und des Adels beizulegen: müssten wir nicht trotzdem anerkennen, dass sie beides während mehrerer Jahrhunderte wirklich gehabt haben, und dass das also damals bestehendes Recht gewesen sei? Ich glaube schwerlich, dass jemand in dieser und in ähnlichen Anwendungen den Muth haben wird, die Frage zu verneinen. Was aber in solchen grossen Dingen gilt, muss eben so gut auch in kleinen gelten. Nur will ich mich hier gegen eine mögliche Missdeutung verwahren. Die Rechtswissenschaft hat neben den positiven Satzungen, die sich so oder anders denken lassen, mit einer grossen Menge von Wahrheiten logischer, mathematischer, psychologischer, naturwissenschaftlicher und ähnlicher Art zu handtieren, die von jeder positiven Satzung unabhängig sind und sich eben so wenig durch positive Satzung umstossen lassen. Und in solchen Stücken kann denn freilich unsere Wissenschaft so wenig, als jede andere, an irgend eine äussere Auctorität gebunden sein, an diejenige des Herkommens so wenig, als selbst an diejenige des Gesetzes. „Facti causae infactae nulla constitutione fieri possunt", sagt schon Tryphonin in der L. 12 §. 2 D. de captivis 49, 15. Eine genauere Erörterung dieser wichtigen Fragen wird an dieser Stelle niemand erwarten.

es mit den Regeln der Sittlichkeit, sei es endlich mit den Anforderungen des Gemeinwohls, in einem Widerspruche stünde. Im Gegentheil ist sie überall innerlich vernünftiger, natürlicher und billiger, als die gegenwärtig übliche, und sogar als die echte des Justinianischen Rechtes. Ferner stimmt sie auf das vortrefflichste mit unsern thatsächlichen Lebensverhältnissen zusammen, während jene andere überall von Verhältnissen und Voraussetzungen ausgeht, welche in der Gegenwart nicht mehr bestehen.

Unter diesen Umständen darf und kann es nicht bestritten werden, dass jene frühere Lehre am Ende des vorigen Jahrhunderts das geltende gemeine Recht des castrense und quasi castrense peculium gewesen ist. Daraus folgt aber ganz von selbst, dass sie noch jetzt als geltendes gemeines Recht anerkannt werden muss, falls sie nicht nachweisbar seitdem durch anderes Recht verdrängt und ersetzt worden ist. Ein solcher Nachweis kann aber nicht erbracht werden. Denn das einzige, was sich anführen liesse, wäre die Berufung auf die einstimmig abweichende Lehre der Schriftsteller unseres Jahrhunderts. Allein noch zu keiner Zeit ist die Rechtsliteratur in Deutschland ein so unzuverlässiger Spiegel der Praxis gewesen, als in unserm Jahrhundert, und noch niemals hat die Praxis im ganzen so wenig Neigung gehabt, einfach der Führung der Lehrbücher und der sonstigen theoretischen Literatur zu folgen, als in der Gegenwart. Es müssten also Beweise aus der Praxis geliefert werden, und zwar ausreichende Beweise, um daraus wirklich das Dasein eines von der frühern Lehre abweichenden gemeinen Gewohnheitsrechtes folgern zu können. Mir ist es aber ungeachtet eifrigen Suchens nicht gelungen, dergleichen Beweise zu finden. Im Gegentheil bezeugt ein erfahrener Praktiker noch im Jahre 1828, dass die Praxis, mindestens in Sachsen, an der frühern Theorie festhalte, wiewohl er selbst geneigt ist, diese nur als eine ziemlich willkürliche Veränderung der richtigen Theorie zu betrachten.[2]

Ich will kurz zusammenfassen und hie und da noch etwas weiter ausführen, was sich sonach als geltendes gemeines Recht ergiebt.

---

2) Hänsel, Bemerkungen und Excurse über das in dem Königreich Sachsen gültige Civilrecht I. (1828) S. 387.

Ein castrense peculium kann jeder Haussohn erwerben, welcher zu dem Militärstande gehört, sei es als eigentlicher Soldat, sei es als Militärbeamter. (§. 86.) Ueber seine Zusammensetzung entscheiden die in dem ersten Buche entwickelten Grundsätze, die freilich bei der heutigen Gestaltung der Heeresverfassung nicht mehr durchweg als angemessene betrachtet werden können.

Zu dem Erwerbe eines quasi castrense peculium ist fähig jeder Haussohn, welcher ein öffentliches nicht militärisches, sei es weltliches, sei es kirchliches, Amt bekleidet, oder welcher auch nur eine wissenschaftliche oder künstlerische Thätigkeit übt. Die Zusammensetzung richtet sich durchaus nach der Analogie des castrense peculium, soweit diese immer den Umständen nach anwendbar ist.[3]

Der Begriff des öffentlichen Amtes ist aber hier in dem weitesten Sinne zu fassen. Nicht bloss die eigentlichen Staatsbeamten sind hierher zu rechnen, sondern auch die Hofbeamten und die Gemeindebeamten.[4] Ferner gehören hierher die Advocaten und öffentlichen Rechtsanwälte, die Notarien und die auf Grund der gehörigen Studien und Prüfungen vom Staate approbierten Aerzte.[5] Denn alle diese Personen, wiewohl sie keine öffentliche Besoldung beziehen, haben auch noch nach den heutigen Anschauungen einen öffentlichen und amtlichen Charakter.[6]

---

3) Wenn also z. B. ein Haussohn, ohne eine amtliche Stellung zu bekleiden, nur als Künstler oder Schriftsteller thätig ist, so kann natürlich von einem Bestandtheil seines quasi castrense peculium, welcher den Geschenken bei dem Eintritte in den Kriegsdienst analog wäre, keine Rede sein.

4) Schon Petr. Müller ad Struvii Synt. iur. civ. Exerc. XX. §. LXVII. add. α nr. IV. erklärt für quasi castrense peculium: „Praefectorum, Secretariorum et Quaestorum Salaria — — non tantum Principum et Ducum, sed etiam *Comitum, Baronum et Civitatum imperialium*“.

5) Vgl. die Gewerbeordnung für den norddeutschen Bund vom 21. Juni 1869 §. 29 (Bundesgesetzblatt S. 252 fg.).

6) Sie stellen öffentlich glaubhafte amtliche Zeugnisse aus, sind verpflichtet, auf Verlangen einem jeden ihre Dienste zu leisten, und dgl. Freilich hat unsere Zeit die bedenkliche Neigung, den Beruf der Aerzte und selbst denjenigen der Advocaten als ein blosses Gewerbe anzusehen. — Dass die Advocaten, öffentlichen Procuratoren, Notarien und Aerzte ein quasi castrense peculium haben können, ist übrigens auch schon um deswillen nicht zu bezweifeln, weil es ihnen seit Jahrhunderten stets von der Praxis zuerkannt worden ist. (§. 87.)

Auch die Privatdocenten auf den Universitäten werden wohl noch in diese Reihe gestellt werden müssen. Jedenfalls passt auf sie der folgende Gesichtspunkt. Dagegen darf an die blosse Doctorwürde ein quasi castrense peculium nicht mehr angeknüpft werden, weil das heutige Recht und der heutige Staat mit dieser Würde irgend welche juristische Wirkungen nicht mehr verbindet.

Aus dem Gesichtspunkte der wissenschaftlichen oder künstlerischen Thätigkeit kann ein Haussohn ein quasi castrense peculium erwerben als Privatlehrer eines Zweiges der Kunst oder Wissenschaft [7], als Hofmeister, als Architekt oder Ingenieur, als Maler, Bildhauer, Musiker, Schriftsteller u. dgl. (§. 87.) Eine nicht künstlerische oder wissenschaftliche, insbesondere eine handwerksmässige oder gar eine rein mechanische Thätigkeit als Abschreiber, Tagelöhner, Dienstbote u. dgl. genügen zur Begründung eines quasi castrense peculium nicht. (§. 87 Nr. 1.) Freilich ist hier die Grenze schwer zu bestimmen, besonders in der Gegenwart, wo fast zu dem Betriebe eines jeden Gewerbes eine gewisse höhere Ausbildung verlangt wird. Es darf daher nicht Wunder nehmen, dass bereits am Anfange des vorigen Jahrhunderts das deutsche Rechtsbewusstsein zu einer Ueberschreitung der Schranken der bestehenden Theorie des quasi castrense peculium neigte und es für billig und gerecht erachtete, dass alles, was ein Hauskind ausserhalb der Verpflegung der Eltern durch seine Arbeit erwerbe, ihm als eigenes freies Vermögen gleich einem castrense oder quasi castrense peculium gehören müsse. Am Ende des Jahrhunderts und am Beginn des gegenwärtigen ist diese Ansicht durch das preussische Allgemeine Landrecht von 1794 Th. II. Tit. 2 §. 147 ff. und durch das österreichische Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch von 1811 §. 151 in dem grössten Theile von Deutschland zu praktischer Geltung gelangt.[8]

7) Also natürlich auch ein Student, wenn er neben seinen Studien wissenschaftlichen oder künstlerischen Unterricht ertheilt. Bauer, De peculio quasi castrensi studios. §. XI. Vgl. Höpfner, Commentar über die Institutionen §. 428 Note 2.

8) Schon früher hatte sie Eingang gefunden in das Hohenlohische Landrecht von 1738 Th. IV. Tit. I. §. 3. — Ich erinnere mich deutlich, bei einem Schriftsteller aus dem 17. oder dem Anfange des 18. Jahrhun-

Man darf diese Erweiterung des Rechtsbewusstseins nicht bloss der Triebkraft deutschrechtlicher Gedanken zu gute schreiben; denn dem alten deutschen Rechte war, soviel ich sehe, eine solche Regel völlig unbekannt. Es gab sogar dem Vater die Nutzung des Vermögens seiner Kinder in grösserer Ausdehnung, als das Justinianisch-römische. Vielmehr ist sie wohl vornehmlich von dem castrense und quasi castrense peculium ausgegangen und stellt sich gewissermaassen nur als eine weitere Fortentwickelung dieses Institutes dar; freilich als eine solche, welche, weil sie allzu offen mit den Sätzen des Corpus iuris in Widerspruch stand, die Anerkennung als gemeines Recht nicht zu erringen vermochte. So hat das castrense peculium die wichtige Rolle, die ihm schon in der Geschichte des altrömischen Rechtes zukam, zu allen Zeiten fortgespielt: nämlich die Rolle eines Fermentes, um eine freiere vermögensrechtliche Stellung der Hauskinder herbeizuführen.

Doch ich muss zu der gemeinrechtlichen Gestaltung des Institutes zurückkehren. Ist sein Gebiet auf der einen Seite ungleich weiter, als in dem Justinianisch-römischen Rechte, so ist es doch auf der andern auch wieder um etwas enger. Denn die Geschenke von Seite des Regenten oder der Regentin können nicht mehr als quasi castrense peculium, sondern nur als adventicia irregularia angesehen werden. (§. 85.)[9]

Hiemit scheint sich freilich für die Haustöchter jeder Zugang zu dem castrense und quasi castrense peculium zu verschliessen. In Wahrheit ist dieses aber keinesweges der Fall. Im Gegentheil hat ihnen das heutige Recht das geringe, was es ihnen durch die Ausschliessung der Geschenke des Regenten von dem quasi castrense peculium genommen, auf einem andern

---

derts gelesen zu haben: was ein Hauskind als Dienstbote erwerbe, sei zwar dem Rechte nach adventicium regulare, aber der Vater werde doch nicht so unverschämt sein, wirklich die Nutzung solcher Vermögensstücke in Anspruch zu nehmen. Leider habe ich damals unterlassen, mir die Stelle zu bemerken.

9) Noch weniger steht aus der L. 50 D. ad. SC. Treb. 36, 1 ein quasi castrense peculium abzuleiten; und zwar schon von dem Standpunkte des reinen Justinianischen Rechtes nicht. Vgl. §. 56 Anm. 3.

Wege in der reichlichsten Weise ersetzt. Da gegenwärtig zu dem quasi castrense peculium ein jeder Erwerb durch wissenschaftliche und künstlerische Thätigkeit gehört, so kann auch bei Haustöchtern ein quasi castrense peculium sehr wohl und in vielen Fällen vorkommen; denn auch eine Frau kann gegenwärtig als Lehrerin, Erzieherin, Künstlerin oder Schriftstellerin etwas erwerben. Ja selbst aus dem Gesichtspunkte des öffentlichen Amtes ist ein quasi castrense peculium möglich. Denn nicht nur werden gewisse Hofämter von Frauen bekleidet, sondern Frauenspersonen sind auch vielfach als Lehrerinnen an öffentlichen höhern Unterrichtsanstalten angestellt, und selbst im Post-, Eisenbahn- und Telegraphendienste werden sie jetzt nicht selten als Beamte verwendet. Wahrscheinlich werden wir sie, wie dieses in andern Ländern bereits geschieht, bald auch als approbierte Aerzte auftreten sehen.

§. 89.

Der Vollständigkeit halber muss ich mit einigen Worten noch zwei einzelne Streitfragen berühren, deren Erörterung, ohne zu stören, einen andern Platz nicht erhalten konnte.

Die eine, viel verhandelte, geht dahin, ob ein Lehen, welches ein Haussohn empfange, stets die Natur eines castrense peculium habe, oder ob es unter Umständen der Nutzniessung des Gewalthabers unterworfen sei. Manche wollten unbedingt in dem ersten Sinn entscheiden.[1] Allein schon Baldus hat darauf hingewiesen, dass alles auf die Umstände und den Grund der Verleihung des Lehens ankomme. Sei es z. B. wegen kriegerischer Dienstleistungen verliehen, so erhalte der Gewalthaber die Nutzniessung nicht. Sei es aber ein feudum paganicum, so müsse allerdings dem Gewalthaber die Nutzniessung zugesprochen werden. Und diese Ansicht scheint später in Deutschland die Herrschaft erlangt zu haben.[2] Da die Frage in der Gegenwart

---

1) So z. B. Lucas de Penna ad L. un. C. de castr. omn. palat. pec. 12, 30 in verb. Donis; Meier, Colleg. Argentor. VII, 1 §. 15; Schilter, Praxis iur. rom. in foro Germ. Exerc. XLIV. §. 44.

2) Baldus ad L. Cum oportet [6] pr. C. de bonis quae lib. 6, 60 (61) nr. 18; Quirinus Schacher, Disp. de peculio castrensi Lips.

kaum mehr von praktischer Erheblichkeit ist, so kann ich mich auf diese Andeutungen sehr füglich beschränken.

Die zweite Frage betrifft die juristische Natur des Pathengeldes. Unter andern hat nämlich auch die Meinung einige Vertreter gefunden, dass das Pathengeld als castrense oder doch mindestens als quasi castrense peculium betrachtet werden müsse. Für jenes erklärt sich Brunnemann, Comm. in L. 1 D. de coll. 37, 6 nr. 23 (1670), für dieses Georg. Radovius, De pecunia lustrica disp. Rostochii 1671 Cap. IV. §. 9. Denn, sagt der letztere, da die Geistlichen ein quasi castrense peculium aus keiner andern Rücksicht hätten, als wegen der spiritualis militia: „quidni quoque infantes, quibus pecunia lustralis propter aliquam etiam militiam contra Satanam, mundum et propriam carnem datur, illam peculii quasi castrensis iure haberent?“ Ganz ähnlich ist die Begründung Brunnemann's: die Pathengelder gehörten zu dem castrense peculium, weil sie „ad bellum sacrum“ gegeben seien. Diese Angabe der Gründe kann zugleich statt jeder besondern Widerlegung genügen.[3] Und somit kann ich auch diese Frage verlassen, da sie nach ihrer positiven Seite nicht in die Lehre von dem castrense und quasi castrense peculium einschlägt.

§. 90.

Zum vollen Abschlusse meiner Arbeit bleibt mir noch die Beantwortung der Frage übrig, ob diese Arbeit nicht im ganzen eine bloss theoretische Bedeutung habe, und ob also dem castrense und quasi castrense peculium noch gegenwärtig eine praktische Geltung zukomme.

1646 Thes. XLVII.; Cocceji, Ius civ. controv. XV, 1 qu. XII.; Walch, Introd. in controv. iur. (1771) p. 53; Hofacker, Princ. iur. civ. §. 582. Vgl. auch Stryk, Opp. omn. tom. VIII. Diss. XXVI. cap. II. §. 8 und Lauterbach, Coll. theor.-pract. XV, 1 §. XXV. nr. VII. — Vgl. über die Frage auch Preuss. Allg. Landrecht Th. II. Tit. 2 §. 150.

3) Allenfalls vergleiche man Stryk in suppl. ad Joh. Brunnemanni de iure eccles. tract. (1681) Lib. II. cap. I. membr. 2 verb. „Acquiruntur“; Just. Henn. Boehmer, Ius eccl. protest. Lib. III. tit. XLII. §. 44—46; Leyser, Meditat. ad Pand. Spec. CLXVI. med. I.

Einen Zweifel könnte man zuvörderst wegen des bekannten gemeinrechtlichen Grundsatzes erheben, nach welchem ein Hauskind durch Begründung eines selbständigen Haushaltes aus der väterlichen Gewalt heraustritt. In der That wird durch diesen Grundsatz das Bereich des Institutes erheblich eingeengt; aber keineswegs wird ihm doch aller und jeder Boden entzogen. Ein Sohn, welcher bloss seiner gesetzlichen Wehrpflicht nachkommt und nach vollendeter Dienstzeit zu dem väterlichen Hausstande zurückkehrt, ist gewiss durch seinen Soldatenstand von der väterlichen Gewalt nicht frei geworden. Am wenigsten bei der neuerdings in ganz Deutschland angenommenen Gestaltung der Heeresverfassung, wonach der Soldatenstand in der Regel nur kurze Zeit und oft nur ein Jahr lang dauert. Ein castrense peculium kann daher leicht und in vielen Fällen vorkommen, wenn auch sein Betrag meist nicht von grossem Belange sein wird.

Ganz eben so leicht ist aber bei der weiten Ausdehnung, welche das Institut in dem gemeinen Rechte erhalten, ein quasi castrense peculium möglich. Denn jemand kann als Lehrer, Künstler oder Schriftsteller, als Arzt, Advocat oder Notar, ja selbst als öffentlich besoldeter Staats- oder Gemeindebeamter thätig sein, ohne deswegen nothwendig aus dem väterlichen Hausstande und folglich aus der väterlichen Gewalt auszuscheiden.

Aber nicht allein die thatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Institutes sind vorhanden, sondern es lässt sich auch mit voller Sicherheit nachweisen, dass das Institut seit dem Mittelalter stets wirklich in praktischer Uebung bestanden hat.

Zuvörderst hat schon der Sachsenspiegel B. I. Art. 10 das castrense peculium aufgenommen. Denn wenn es hier (nach der Ausgabe von Weiske 3. Aufl.) heisst:

> Gibt der vater sîme sune cleidere unde ros und pferde unde harnasch zû der zît als ers bedarf und ez nuczen mag, und ez der vater gebn mac: stirbt sîn vater, her en darf des nicht teilen mit sînen kinderen, noch sînes vater herren wider gebn, noch des vater erben, ab er sînem vatere nicht ebenburtig ist, al sî her von sîme vatere ungescheiden mit sîme gûte:

so kann dieser Satz nach meinem Urtheil nicht auf deutsches Recht zurückgeführt werden, sondern er stammt aus dem römi-

schen Rechte.[1] Enthielte er aber deutsches Recht, so müsste einleuchten, wie sehr dieses der Reception des castrense peculium entgegenkam, und man dürfte sich dann noch viel weniger wundern, das Institut schon frühzeitig in Deutschland eingebürgert zu finden.

Dass es sich aber wirklich bald vollständig als geltendes Recht eingebürgert hatte, dafür redet das unverwerfliche einstimmige Zeugniss der sämmtlichen sog. Praktiker des 17. und 18. Jahrhunderts. Ich nenne z. B. folgende:

Joh. Philippi, Usus practicus Institutionum (1665) Ecloga 43 ad lib. II. tit. IX. §. 1.

Wolfg. Ad. Lauterbach († 1678), Collegium theoretico-practicum Lib. XV. tit. I. §. V.—XVII.

Petrus Müller († 1696) in addition. ad Struvii Synt. iur. civ. Exerc. XX. §. LXVII., Exerc. L. §. XLIII.

Joach. Hoppe (Syndicus von Danzig), Comm. ad Inst. (Ed. II. 1694). Ad pr. I. quib. non est perm. 2, 12: *Usus hodiernus*: Moribus hodiernis ea, quae hic dicta, *non tantum in Saxonia, sed tota fere Germania adhuc sunt usitata*, et etiamnum filiifamilias, quamdiu in patria potestate sunt constituti, nec vel expresse vel tacite emancipati, de peculio duntaxat castrensi et quasi castrensi, non vero de profectitio et adventitio testari possunt. Idem in Borussia electorali, nec non in Frisia iuris esse, constat ex Iur. Prut. Elect. lib. V. tit. I. art. I. §. 5, Sande lib. IV. Decis. tit. I. def. I.

---

1) Vgl. C. G. Einert, De donat. inter par. et liberos Lips. 1773 §. 6 p. 14 sq. (bei Emminghaus, Pandekten des gem. sächs. Rechts S. 376 Nr. 16). S. auch Sachsse in der Zeitschrift für deutsches Recht XIV. S. 9 ff. bes. S. 15 ff. Dagegen Stobbe, Geschichte der deutschen Rechtsquellen I. S. 307 Anm. 41. Allein da doch der Verfasser des Sachsenspiegels die bekannte Erzählung der L. 1 §. 5 D. de post. 3, 1 von der Carfania gekannt und B. II. Art. 63 §. 1 in seiner Weise wiedergegeben hat: warum sollte man nicht auch eine Kenntniss und Benutzung anderer Stücke des römischen Rechtes bei ihm annehmen dürfen? Zudem gehört der Art. 10 nur zu den spätern Nachträgen im Sachsenspiegel. Und sollte denn wirklich im 13. Jahrhundert Deutschland allein unberührt gewesen sein von den Ideeen, die damals die ganze Welt beherrschten?

Sam. Stryk, Usus modernus Pandectarum Lib. XLIX. tit. XVII. §. I.: *Nullum dubium est*, quin iura peculii castrensis adhuc hodie obtineant.

Ferner geht die Geltung des castrense und quasi castrense peculium aus vielen Gutachten und richterlichen Urtheilen hervor. Ich erwähne:

Hieron. Treutleri et And. Schöpsii Consilia. Francof. ad M. 1625. Vol. I. Cons. VII. (1596) nr. 47, 48.

Gutachten des Schöppenstuhls zu Leipzig vom Januar 1659, mitgetheilt bei Joh. Philippi l. c.

Gutachten der Facultät Wittenberg vom März 1711, mitgetheilt bei Leyser, Meditat. ad Pand. Spec. CCCCXI. med. III., IV.

Consil. Tubingens. Vol. IX. Cons. LXII. (1743) nr. 39—41.

Urtheil der Juristenfacultät zu Leipzig vom Juli 1766, mitgetheilt bei Traug. Thomasius, De usu peculii practico p. IV.

Erkenntniss des Oberappellationsgerichtes zu Wolfenbüttel vom 14. Juni 1842, mitgetheilt in J. A. Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten Bd. 15. Nr. 20.

Urtheil des Appellationsgerichtes zu Dresden (von 1847?), mitgetheilt in dem Wochenblatte für merkwürdige Rechtsfälle für das Königreich Sachsen Jahrg. 1847 S. 415 fg. (In den Entscheidungsgründen wird das castrense und quasi castrense peculium gleich dem adventicium irregulare durchaus als geltendes Institut behandelt.)

Ganz entscheidend aber ist endlich, dass das castrense und quasi castrense peculium in eine grosse Anzahl von Landesgesetzgebungen Aufnahme gefunden hat. Eine genauere Untersuchung würde es wahrscheinlich für die allermeisten herausstellen. Für meine Zwecke kann die Anführung folgender Beispiele genügen:

Brünner Schöffenbuch (aus der Mitte des 14. Jahrhunderts) nr. 632 (Rössler, Deutsche Rechtsdenkmäler aus Böhmen und Mähren Bd. II. S. 291).

Wormser Reformation von 1498 IV. 4. tit. 9 (oben S. 618).

Churpfälzisches ernewert Landrecht von 1610. Th. III. Tit. II. §. IV., V. (oben S. 626 fg.).

Nassaw-Catzenelnbogische Landordnung von 1616. Th. III. Cap. I. §. 2 (oben S. 627).

Bayrisch Landrecht von 1616. Tit. III. Art. 1, Tit. XXXIV. Art. 11 (S. 627).

Landrecht der Marggrafschaft Baden von 1710. Th. V. Tit. III. §. 3.

Preussisches Landrecht von 1721. Buch I. Tit. XIX. §. III., Buch V. Tit. I. Art. I. §. V. (S. 383 fg.)

Project des Corporis Juris Fridericiani. P. I. (von 1749) lib. I. tit. IX. art. IV. §. 62—68. Vgl. oben S. 384 und 629.

Codex Maximilianeus Bavaricus civilis von 1756. Th. I. Cap. V. §. IV. Vgl. S. 385 und 629.

Herzogl. Sachsen-Gothaische vermehrte und verbesserte Gerichts- und Processordnung von 1776. P. I. cap. II. §. 2 Absatz 4.

Preussisches Allgemeines Landrecht von 1794. Th. II. Tit. 2 §. 149: (Zum freien Vermögen der Kinder gehört:) Desgleichen dasjenige, was sie in Kriegs- oder Civildiensten vor sich bringen, oder bey Gelegenheit derselben, von ihren Aeltern oder Andern, zur Ausrüstung oder Beyhülfe erhalten.

Endlich wird die Geltung des Institutes im Fuldischen Rechte bezeugt von Eugen Thomas, Sistem aller fuldischen Privatrechte Bd. II. (Fulda 1789) §. 346 (S. 96), und seine Geltung im fränkischen Rechte von Kleinschrod, De iure filiifamilias disponendi de peculiis (Wirceb. 1784) §. XXXIII. (p. 57 sq.). Ein Zeugniss für die Praxis im Königreiche Sachsen aus unserm Jahrhundert findet sich bei Hänsel, Bemerkungen und Excurse über das in dem Königreich Sachsen gültige Civilrecht Abth. I. (1828) S. 387.

Angesichts dieser Nachweisungen bin ich berechtigt, die fortwährende gemeinrechtliche Geltung des castrense und quasi castrense peculium als etwas völlig sicheres und unzweifelhaftes hinzustellen. Ja noch mehr. Wollte man selbst die gemeinrechtliche Geltung wegnehmen, so würde das Institut in dem grössten Theil von Deutschland immer noch als particularrechtlich anerkanntes Institut in Geltung bleiben.[2] Nur hat es in

2) Aeusserst auffallend ist es, wenn es in den Speciellen Motiven zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Königreich Sach-

einzelnen Particularrechten gegen seine gemeinrechtliche Theorie gewisse Erweiterungen erhalten.

Es kann aber sehr in Frage kommen, ob nicht gegenwärtig auch die gemeinrechtliche Theorie allen Grund und alle Berechtigung hätte, sich zu einer Erweiterung des Institutes zu entschliessen. Ich meine zu seiner Erweiterung auf das gesammte Gebiet der irregulären Adventicien.

Die Begriffe der armata und inermis militia, auf denen man im Mittelalter die Lehre von dem castrense und quasi castrense peculium aufbaute, haben sich gänzlich und bis zur vollständigsten Vergessenheit überlebt. Nicht minder der Gedanke, der im Mittelalter zu der Sonderung der irregulären Adventicien von dem castrense und quasi castrense peculium die hauptsächlichste Veranlassung gab, dass einem Haussohne die Fähigkeit letztwilliger Verfügung nur in Ansehung solcher Erwerbungen zugestanden werden könne, welche er kraft einer persönlich privilegierten Stellung als miles oder quasi miles gemacht. (§. 79 Anm. 7, §. 85 Anm. 4.) Wir können von unserm Standpunkte und im Hinblicke auf die heutigen Anschauungen und Verhält-

---

sen (Dresden 1861) S. 876 heisst: „Die römische Lehre über die Peculien der Kinder findet bei uns, nachdem der Satz, dass dem Vater Alles gehört, was seine Kinder erwerben, weggefallen ist, keine Anwendung. (Aber dieser Satz hat ja auch in dem Justinianischen Rechte nicht mehr bestanden.) Begriffe, wie peculium profectitium, castrense, quasi castrense, sind uns ganz fremd geworden (? Ich beziehe mich auf die gegebenen Nachweisungen), weil sie keine practische Bedeutung haben (??). Für unser jetziges Recht hat nur der Unterschied zwischen peculium adventitium regulare (ordinarium) und irregulare (extraordinarium) noch einen practischen Werth, und dieser liegt den §§. 1843 flg. zu Grunde." Am meisten ist aber gewiss zu bedauern, dass man sich durch diese merkwürdige und bei dem Verfasser eines Gesetzbuches schwer begreifliche Abneigung gegen die gemeinrechtliche Peculientheorie zu einem grossen Rückschritte, selbst im Vergleiche zu dem gemeinen Rechte, hat führen lassen. Denn nach dem Entwurfe §. 1843 fg., und den entsprechenden §§. 1810 fg. des bürgerlichen Gesetzbuches für das Königreich Sachsen von 1863 wird alles, was ein Hauskind „durch selbständige Arbeiten, Dienste oder Kunstfertigkeiten erwirbt", immer und stets nur adventicium regulare, kommt also in des Vaters Verwaltung und Niessbrauch. Vgl. Sintenis, Anleitung zum Studium des bürgerl. Gesetzbuches für das Königreich Sachsen (Leipz. 1864) S. 465 fg.

nisse die Testierfähigkeit des Haussohnes über sein castrense und quasi castrense peculium nur noch daraus herleiten, dass er in Beziehung auf diese Vermögensmassen rechtlich wie ein Gewaltfreier behandelt werde. Aber behaupten wir letzteres nicht in der That auch schon von den irregulären Adventicien, wenn wir sie dem Hauskinde zu vollem Eigenthum mit selbständiger freier Verwaltung und dem Rechte beliebiger, entgeltlicher oder unentgeltlicher, Veräusserung unter Lebenden zuschreiben? Und ist es nicht seltsam, dem Hauskinde zwar die Fähigkeit zu beliebigen Schenkungen, nicht aber die Fähigkeit zu Vermächtnissen und Erbeinsetzungen beizulegen, da doch das Verbot der letztwilligen Verfügung so leicht auf dem Wege der Schenkung zu umgehen ist? Auf die Verordnungen Justinian's darf man sich keineswegs berufen; denn wollte man hier dem reinen Justinianischen Rechte, und nicht der modernen Entwickelung des Rechtes seit dem Mittelalter folgen, so würde man, wie mir scheint, einem Hauskinde an seinen adventicia extraordinaria nichts weiter, als ein freies Recht der Verwaltung zuschreiben dürfen, und man würde ihm also die Fähigkeit zu Schenkungen und andern unentgeltlichen Veräusserungen, kurz alles, was über den Begriff der Verwaltung (administratio) hinausgeht und was folglich auch einem Vormunde oder sonstigen Verwalter fremden Vermögens nicht möglich wäre, absprechen müssen.[3]

Streiten so die gewichtigsten innern Gründe für eine Ausgleichung des castrense und quasi castrense peculium mit den irregulären Adventicien, wie wir sie bereits bei den Byzantinern

---

3) Denn Justinian giebt in der Nov. 117 cap. 1 dem Hauskinde nur die Erlaubniss zu beliebigem διοικεῖν, i. e. administrare, und auch aus der L. 8 pr., §. 5 C. de bon. quae lib. 6, 61 ist eine Fähigkeit zu schenkweiser oder sonstiger unentgeltlicher Veräusserung der adventicia irregularia nicht abzuleiten. Justinian's Meinung war vielmehr ohne Zweifel die, dass die Befugnisse, welche in Ansehung der Adventicien regelmässig dem Gewalthaber zustehen, hier ausnahmsweise dem Hauskinde zustehen sollten, aber auch nicht mehr. — Die Schriftsteller, welche so ausführlich von der Frage handeln, ob ein Hauskind über die irregulären Adventicien testieren dürfe, pflegen diese andere, ungleich wichtigere Frage gar nicht zu berühren, scheinen vielmehr das Recht beliebiger Verfügung unter Lebenden von vornherein für selbstverständlich zu halten.

antreffen, so lassen sich dafür auch manche gute äussere Gründe vorbringen. Wir haben schon früher gesehen, dass, selbst aus dem Standpunkte des reinen Justinianischen Rechtes betrachtet, die Umstände, welche für die Scheidung der irregulären Adventicien von dem quasi castrense peculium reden, über die für das Gegentheil sprechenden nur ein überaus unbedeutendes Uebergewicht haben. (§. 67.) Bedenken wir aber, dass als Quelle des gemeinen Rechtes nicht der griechische Novellentext, sondern bloss der lateinische Text der Vulgata angesehen werden kann,[4] und legen wir nun das Moment in die Wagschale, dass nach dem Texte der Vulgata die Nov. 117 c. 1 den Hauskindern ausdrücklich erlaubt, über Vermögensstücke, die ihnen von Dritten mit Ausschliessung der väterlichen Verwaltung und Nutzniessung zugewendet werden, „*quo volunt modo disponere*“: so fällt alsbald das Uebergewicht auf die andere Seite; denn dieser Wortlaut umfasst unstreitig auch die letztwillige Verfügung. Wird aber die Testierbefugniss des Hauskindes über seine irregulären Adventicien anerkannt, so sind sie der Sache nach quasi castrensia peculia, und es besteht kein Grund, sie in der Benennung von diesen zu unterscheiden. Man könnte dann castrense und quasi castrense peculium und die irregulären Adventicien zusammen mit einem sehr glücklichen Ausdrucke des preussischen Landrechtes als freies Vermögen der Hauskinder bezeichnen. Durch ein solches Verfahren würde nicht nur eine wichtige Vereinfachung des Rechtssystems erzielt, sondern es käme auch den Anforderungen des heutigen Rechtsbewusstseins und der Germanisten um einen bedeutenden Schritt entgegen. Endlich und nicht zum mindesten brächte es uns über die undeutschen Ausdrücke: castrense und quasi castrense peculium und adventicia irregularia hinweg, die jetzt bei vielen den vornehmlichsten Grund der Abneigung gegen die gemeinrechtliche sog. Lehre von den Peculien zu bilden scheinen.

Ich sage trotzdem nicht, dass das alles jetzt schon geltenden gemeinen Rechtens sei. Um deswillen nicht, weil die Ent-

4) Savigny, System des heut. röm. Rechts I. S. 67 fg., Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 2. Aufl. §. 3 Anm. 6.

wickelung seit dem Mittelalter eben einen andern Gang genommen. Sondern es handelt sich um eine wirkliche Fortbildung des gemeinen Rechtes. Aber wenn man so oft den Wortlaut der geschriebenen Quellen in das Feld geführt hat, um die Ergebnisse jener Entwickelung zu bekämpfen, selbst da, wo sie den modernen Bedürfnissen und Anschauungen entsprachen: sollte man sich dann nicht auch einmal zu einem gleichen Verfahren entschliessen dürfen, wo jene Ergebnisse für die Gegenwart allen Sinn und innern Grund verloren haben, und wo es sich um einen ganz unzweifelhaften Fortschritt zu Gunsten des unleugbar bestehenden Rechtsbewusstseins handelt? Für die Rechtswissenschaft des Mittelalters hätte es in dem nämlichen Fall nur sehr viel geringerer äusserer Handhaben gebraucht, um den Anforderungen der Gegenwart Bahn und praktische Anerkennung zu verschaffen. Zudem wird es ja selbst noch in den neuesten Lehrbüchern als eine offene Streitfrage hingestellt, ob nicht ein Hauskind auch über seine irregulären Adventicien letztwillig verfügen könne.[5] Nun wohl denn, so entscheide man diese Streitfrage nach dem Wortlaute der für das heutige Recht als Quelle maassgebenden Vulgata, und man ist an dem richtigen Ziel.

Ich konnte meinerseits hier nur die Wege andeuten, auf denen es ohne alle Schwierigkeit möglich ist, zu diesem Ziele zu gelangen. Den Lehrbüchern und der Praxis muss es überlassen bleiben, sie wirklich zu betreten. Sollte dieses aber geschehen, und sollte mein Buch den Anstoss geben, die Begriffe des castrense und quasi castrense peculium aus dem gemeinen Rechte zu Gunsten eines umfassendern, dem deutschen Geiste verwandtern Begriffes zu verbannen, so würde ich darin die beste und schönste Frucht meiner langjährigen jenen Begriffen und ihrer Geschichte gewidmeten Arbeit erblicken.

---

5) Vgl. z. B. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten II. 7. Aufl. (1867) §. 428 II. (S. 73 fg.) und Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts 2. Aufl. Bd. II. Abth. 2 (1868) §. 517 Anm. 22 (S. 839), Bd. III. Abth. 1 (1869) §. 539 Anm. 8 (S. 29).

Quellenregister.

Die unmittelbar das castrense oder quasi castrense peculium betreffenden Stellen sind durch ein vorgesetztes * ausgezeichnet. Durch cursiv gedruckte Seitenzahlen wird auf etwas für das Verständniss einer Stelle aus irgend einer Rücksicht erheblicheres, durch ein der Seitenzahl vorgesetztes † auf eingehende Erklärung einer Stelle hingewiesen.

I. Vorjustinianische Quellen.

II. Justinianische Quellen.

1. Institutiones.

3. Codex.

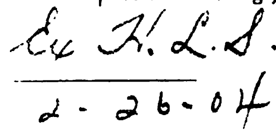
4. Novellen.

III. Nachjustinianische Quellen.

Sachenregister.

Die Zahlen verweisen auf die Seiten; diejenigen mit vorgesetztem A. auf die Anmerkungen. C. P. bedeutet castrense peculium, Q. C. P. ist quasi castrense peculium.





Halle, Buchdruckerei des Waisenhauses.

